

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
CAMPUS TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO
DE FIANZA

T E S I S
QUE PRESENTA:
ELVIRA LEON RAMIREZ
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

A SESOR:
LIC. JOAQUIN CAMACHO LAZO DE LA VEGA

MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A DIOS

Por ser lo mas grande que existe en el mundo
y por que sin su voluntad no se cumple ningún proyecto.

A MIS PADRES

Por su ejemplo de humildad, lealtad y
respeto son digno de admiración y por que son
grandes sus huellas que me enseñan el camino que habré de seguir

A HUGO SANCHEZ CERVANTES

Por que eres parte de este intento, de esta causa.

A MIS MAESTROS

Porque forjaron en mi un espíritu de poder, de dominio y de competencia.

GRACIAS

Í N D I C E

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. LA FIANZA EN EL DERECHO ROMANO	2
1.2. LA SPONCIO SUS CARACTERÍSTICAS	10
1.3. LA FIDEPROMISIO	12
1.4. LA FIDEIUSSIO SUS CARACTERÍSTICAS	14
1.5. DERECHO ESPAÑOL	18

CAPÍTULO II

LA FIANZA EN MÉXICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA FIANZA EN MÉXICO	24
2.2. CÓDIGO DE 1870	27
2.3. CÓDIGO DE 1884	30
2.4. CÓDIGO DE 1928	31
2.5. LA FIANZA DE EMPRESA	33
2.6. LA FIANZA Y, SUS CARACTERÍSTICAS	35
2.7. CLASIFICACIÓN DE LA FIANZA CIVIL	38

CAPÍTULO III

LA FIANZA Y LA DOCTRINA

3.1. DEFINICIONES DEL CONTRATO DE FIANZA	44
3.2. CLASIFICACIONES:	47
a). MARCEL PLANIOL	
b). WIDSCHEID	
c). FILOMUSI.	
d). GEORGI.	

e).	CÓDIGO CIVIL DE 1928	
f).	OTRAS CLASIFICACIONES	
3.3.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA	58
3.4.	ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA	65
3.5.	ESPECIES DE FIANZAS	70
a).	CONVENCIONALES, LEGALES Y JUDICIALES	
b).	GRATUITAS Y ONEROSAS	
c).	SIMPLES Y SOLIDARIAS	
d).	CIVILES Y MERCANTILES O DE EMPRESA	

CAPÍTULO IV

EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA FIANZA

4.1.	EFFECTO DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR	82
a).	BENEFICIOS DE ORDEN Y DE EXCUSIÓN	
b).	BENEFICIO DE DIVISIÓN	
c).	BENEFICIO DE Oponer EXCEPCIONES	
4.2.	EFFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR	93
a).	CUANDO EL FIADOR HA PAGADO LA DEUDA	
b).	CUANDO EL FIADOR NO HA PAGADO LA DEUDA	
4.3.	EFFECTOS ENTRE CODIFICADORES	99
4.4.	EXTINCIÓN DE LA FIANZA	102
a).	POR VÍA DE CONSECUENCIA	
b).	POR VÍA DIRECTA	
c).	POR CAUSAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE FIANZA	
4.5.	PROPUESTA	109

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se abordará el contrato civil de fianza. Este contrato en virtud del cual una persona, llamada fiador, se compromete con el acreedor a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior en igual o distinta especie, si el deudor no lo hace. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes. La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación.

Los Estados tendrían beneficios recíprocos de llevarse a cabo las reformas que se proponen porque tendrían la seguridad jurídica de que el deudor respondería al pago de la obligación con sus propios bienes, lo cual redundará por economía procesal a evitar largos y costosos procedimientos legales de parte del fiador. El cual se ve burlado por el fiador con lo dispuesto actualmente en nuestra legislación. La mayoría de las personas que solicitan una fianza, desconocen su función. La problemática económica a dado por resultado un alto porcentaje de incumplimiento de obligaciones contraídas.

Se considera la propuesta de modificar en primer lugar el artículo 121 constitucional en sus fracciones I, II y III, así como el artículo 2817 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Ya que este último artículo señala que para que el beneficio de excusión aproveche al fiador es indispensable que el fiador designe bienes del deudor que baste para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago. Y el artículo 121 constitucional señala que las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, así como también señala que los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación y que las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en este, cuando si lo dispongan sus propias leyes.

Para corregir lo ya expuesto, será necesario se lleven a cabo reformas legislativas, situación que es complicada dado todos los expuestos y todos los entes que intervienen para su realización. Sin embargo. Se han llevado a cabo reformas constitucionales que en el pasado difícilmente se hubieren imaginado, como son las reformas de los artículos 27 y 130

Las cuales no han solucionado el problema agrario y el de las agrupaciones religiosas, respectivamente. También tenemos y en proceso la reforma del artículo 123, que seguramente no solucionará el problema de la clase trabajadora.

En el caso de pensión alimenticia, tenemos un claro ejemplo, de cómo un Estado, le solicita a otro el pago de dicha pensión, lo cual es el cumplimiento del Derecho.

Por otra parte la división entre el derecho público y el privado, no soporta el rigor del análisis jurídico, ya que en última instancia, toda disposición legislativa emana de la voluntad estatal.

Las reformas propuestas facilitará a las personas poder lograr encontrar un fiador y a éste último, no le resulte riesgoso garantizar la deuda al acreedor.

En la presente investigación se hablará en el primer capítulo sobre los antecedentes históricos de la fianza en el derecho romano, así como en el derecho español. El segundo capítulo se refiere a los antecedentes de la fianza en México, a la fianza y sus características, así como a su clasificación.

En el capítulo tercero se abordan algunas definiciones de la fianza, así como la naturaleza jurídica de la fianza, los elementos esenciales y de validez del contrato de fianza, y a las especies de fianzas.

Por último, en el capítulo cuarto, se indican los efectos jurídicos que produce la fianza entre el fiador y el acreedor, entre el fiador y el deudor y entre los cofiadores, la extinción y de la fianza y la propuesta.

El método de investigación que se llevó a cabo en el trabajo fue el deductivo, por partir desde sus antecedentes históricos, doctrinarios, hasta llegar a nuestro país, culminando en nuestros días.

CAPÍTULO I
“ANTECEDENTES HISTÓRICOS”

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. LA FIANZA EN EL DERECHO ROMANO

1.2. LA SPONCIO SUS CARACTERÍSTICAS

1.3. LA FIDEPROMISIO

1.4. LA FIDEIUSSIO SUS CARACTERÍSTICAS

1.5. DERECHO ESPAÑOL

1.1. LA FIANZA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano encontramos ya amplios conceptos que daban existencia jurídica a la fianza, tales conceptos inspiraron en nuestros días el derecho civil mexicano, encontrando bajo el término de cautio (caución) a las garantías personales tanto en el derecho público como en el derecho privado. En el derecho público, el estado exigía de las personas que contrataban con el una o varias cauciones para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, en su ordenamiento judicial se exigían igualmente cauciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los litigantes, por ejemplo: la restitución de la cosa y los frutos de la reivindicación, "praedes litis et vindicaron"; la comparecencia ante el tribunal "vadimonium". En el derecho privado la garantía se otorgaba en forma de Sponcio, Fidepromissio y posteriormente por la Fidejussio.

La fianza en el derecho romano era considerada como un contrato verbal solemne, ya que para su constitución se hacía uso de la estipulattium que exigía como parte esencial de la relación contractual, la pronunciación de ciertas palabras solemnes por las partes.

La estipulación era una forma de contratar con la cual, se le daba validez legal a los actos jurídicos para crear obligaciones. Tenían una doble finalidad, crear deudas y transformar las existentes, además daba a los contratos que carecían de ella, de tal manera que si se omitía la pronunciación de las palabras solemnes al celebrarse el contrato, las obligaciones no eran exigibles por carecer de validez ante la ley.

En los albores del Derecho Romano, el acreedor se garantizaba contra el riesgo de insolvencia de su deudor por medio de la estipulación hecha por el "adpromissor" (fiador), quien se comprometía con todo su patrimonio y de manera accesoria con el deudor principal; se creaba entonces una garantía personal, en oposición a la garantía real, en la que se afecta una cosa para el pago de la deuda.

Al lado del acreedor o acreedores y del deudor o deudores, existían unas personas que estipulaban o prometían en interés del acreedor o del deudor, el que estipulaba accesoriamente al acreedor era llamado *adstipulator* y el que prometía accesoriamente al deudor era llamado *adpromissor* y garantizaba al acreedor contra el riesgo de insolvencia.

La garantía personal "caución", permite al acreedor hacerse pagar más rápidamente al vencimiento de la deuda en caso de insolvencia del deudor, mientras que la garantía real es más lenta, ya que el acreedor tiene que vender la cosa para poder cobrar su crédito, pero la seguridad en ella es manifiesta porque dá al acreedor un derecho exclusivo sobre la cosa afectada. En los inicios de Roma el acreedor prefería una garantía personal colectiva "*satisdatium*" a la garantía real que podía ofrecerle su deudor porque generalmente era un labrador o un pastor y sus bienes además de que no eran suficientes como garantía real no podían empeñarlos o darlos en garantía porque eran indispensables para sus labores diarias, a parte de que con la primera garantía mencionada, podían obtener con más rapidez el cobro de sus créditos.

Antes del reinado del emperador Justiniano, las personas se obligaban por otras se dividían en *Spondores*, *Fidepromisores* o *Fideiusores*. El que se obligaba por otro era *Sponsor*, *Fidepromissor* o *Fideiussor*; dependiendo de que a la pregunta hecha por el acreedor hubieran respondido *spondeo*, *fidepromisio* o *fideudeo*.

Los primeros en existir fueron los *spondores*, cuando la *estipulatum* hacia uso del verbo *spondere* y de la cual se excluía a los que no eran ciudadanos romanos, aunque después se admitió la fórmula *iuris gentium* que podía ser utilizada por los peregrinos. La *sponsio* se constituía de la siguiente manera; el acreedor interrogaba al deudor si se responsabilizaba de la deuda, a lo que debía responder por medio del verbo *spondeo*. Cuando eran 2 o más deudores "el deudor colectivo era llamado *satisdatiu*".

El acreedor tenía que preguntar a cada uno de ellos con las palabras de la fórmula solemne para que se obligaran solidariamente. La pregunta era "¿Spondesne mihi centum dare"? a lo que el deudor respondía "Spondeo".

Los fidepromisores podían ser ciudadanos romanos o extranjeros y existieron después de los sponsors, pues fue en una época posterior a esta cuando en Roma se hizo accesible a los extranjeros la posibilidad de obligarse por estipulatorio, cuyas palabras solemnes para este caso eran ¿Idem fides promittis? a lo que respondían "Fidepromitto".

La sponsio y la fidepromissio tenían en común que las obligaciones derivadas de su celebración no se transmitían a los herederos y en las que las dos garantizaban únicamente las obligaciones verbis. Los sponsors y los fidepromisores seguían las mismas reglas y eran deudores personales y accesorios, se les consideraban mandatarios del deudor principal y cuando pagaban por él adquirían en su contra la acción mandati contraria.

La obligación contraída por los fiadores era muy rigurosa por lo que cada día era más difícil encontrar a alguien que se obligara junto con el deudor principal porque todos temían a las acciones de la ley, por ejemplo la Manus Injunctio Pro Judicatio. Este procedimiento consistía en que la ley le concedía treinta días al fiador para liberar su obligación de pago. Si pasaba éste período sin haber pagado, quedaba expuesto a los riesgos de la manus iniectionis.

El acreedor lo capturaba y le exigía el pago, y si este no pagaba, lo llevaba a su casa encadenado como esclavo. La ley incluso establecía el peso de las cadenas y los alimentos que debían dárseles. El castigo duraba sesenta días, durante los cuales se publicaba el nombre del fiador y el importe de su deuda, por si alguien deseaba liberarlo pagando por él. Si transcurrido este plazo el acreedor no había obtenido su pago, podían matar o vender al fiador como esclavo, tanto a él como a su familia. En el caso de que fueran varios los acreedores, se repartían pedazos del cuerpo del deudor en proporción al importe de sus créditos.

Ante acciones tan rigurosas, nadie quería ser fiador, y los que eran económicamente poderosos no contrataban si los deudores no les presentaban a otra persona que se obligara junto con ellos, llegando esto a paralizar el comercio.

Ante esta situación se vio la necesidad de atenuar estas obligaciones con leyes que limitaban o disminuían las garantías ofrecidas, con la Ley Apuleya expedida unos 200 años A.C., se estableció que cuando hubiera varios cofiadores, a estos se les considerarían como socios, concediéndole un derecho de reembolso al que hubiere pagado íntegramente o más de lo que constituía su parte pro-socio, o como la ley Furia de Sponceo, que liberaba al fiador de su obligación siempre que hubieran transcurrido dos años a partir de la fecha de vencimiento de la deuda principal garantizada y no hubiere sido requerido de pago. Así mismo, se estableció también que el fiador no respondiera más que de la parte que había garantizado y que resultaba de dividir el importe total de la deuda entre todos los cofiadores.

La sponsio y la fidepromisio, cayeron en desuso en los tiempos de Gayo y en el Derecho de Justiniano la única forma de garantía personal que pudo asumirse por estipulatio fue la fideiussio, figura jurídica que se constituyó en la República y que seguía las formas rígidas y solemnes de la estipulación sin que facilitara el tráfico comercial, que era la finalidad que se buscaba con ella, por lo que durante la época de Justiniano tuvo que darse más flexibilidad al contrato de fideiussio, así como también a la stipulatio que quedó asentada en la Ley Cornelia, que es muy parecido al contrato de fianza que se conoce en el derecho actual y la describían de la siguiente manera: "la fianza es la aceptación de una deuda ajena en concurrencia con el deudor principal."

Los fideiusores aparecen como comentamos antes, durante la República y seguían las reglas más flexibles que los dos primeros, teniendo como consecuencia una esfera de aplicación más amplia. La fideiussio se perfeccionaba con las siguientes palabras solemnes ¿Idem fidejabeo?, a lo que se respondía "fidejabeo", y daba origen a una obligación accesoria

destinada a garantizar esta obligación. Se aplicó no solamente a los *contartos verbis*, sino a cualquier obligación, aunque fuera futura, siempre y cuando se realizara.

Era un contrato de garantía personal en virtud del cual, una persona se obligaba a responder accesoriamente de una deuda ajena con su propio patrimonio. El *fideiussor* respondía solidariamente como un *codeudor*, porque en el *Corpus Iuris Civilis* establecía que su obligación es solo accesoría y por lo mismo, condicionada a la existencia de una principal debiendo tener el mismo objeto que ésta, pues de lo contrario el compromiso era nulo. Tenía también el carácter de perpetua y era transmisible a los herederos.

En la Roma Pre-Justiniana, estos deudores accesorios se encontraban en igual situación que los solidarios, y el acreedor podía perseguir a cualquiera de ellos por el importe total de la deuda. Como esto parecía demasiado riguroso y era un verdadero obstáculo para el otorgamiento de la caución, Justiniano otorgó a los fiadores los beneficios de división y exclusión.

El beneficio de división se creó porque cuando había varios fiadores de la misma obligación principal, el acreedor podía reclamar a cualquiera de ellos la totalidad del adeudo y cuando alguno pagaba liberaba a todos los demás; pero a los legisladores romanos esto les pareció injusto porque, ¿cómo sólo un fiador iba a cubrir la totalidad del adeudo, si eran varios los fiadores?, y fue por eso que se expidió una epístola llamada *Divi Hadriani*, que estableció la *expetio divitionis*, o sea, el derecho de pedir al acreedor que hiciera efectivo el crédito y prorroga entre todos los que habían afianzado la obligación.

El beneficio de división trajo el problema de que si al vencimiento de la deuda algún fiador era insolvente, el acreedor sólo podía cobrar del adeudo lo que pudieran pagar los fiadores restantes, por los que se estableció posteriormente que el adeudo se pagaría totalmente, dividido entre los fiadores restantes, por los que se estableció posteriormente que a su vencimiento fueran solventes.

El beneficio de exclusión favoreció al fiador, pues no sería perseguido por la deuda principal, cuando éste fuera insolvente o sus bienes alcanzaran a pagar sólo parte de lo debido, en cuyo caso el fiador pagaría sólo la diferencia, es decir, el fiador contraería la obligación de pagar si el deudor no lo hacía y solamente en la medida en que este no cumpliera.

En cuanto a los derechos que tenía el fiador para exigir al deudor principal que le reintegrara lo que por él había pagado, debemos observar dos situaciones, una cuando el fiador se obligaba con un mandato del deudor porque se trataba de un negocio que no era de él; pero se había comprometido a hacerlo, tenía que hacer uso entonces de la acción *mandati contraria* en contra del deudor, y por otro lado, cuando el fiador se obligaba a garantizar la deuda sin ser solicitado por el deudor; pero con su posterior consentimiento tácito o expreso, se equiparaba a una gestión de negocios y daba al fiador la *Acción Negotiorum Gestorum contraria*.

Así mismo, cuando el fiador se obligaba en contra de la voluntad del deudor principal, es decir, sin el consentimiento tácito o expreso de este último, no se le reconocía acción alguna en contra el deudor, porque se suponía obligado por el *animus donandi*.

En el Derecho Clásico, el fiador gozaba del beneficio de cesión de acciones, por medio del cual, antes de pagar, tenía el derecho de pedir al acreedor que le cediera sus acciones contra el deudor y los demás coobligados, y de hecho se realizaba una venta de acciones de acreedor a fiador por un precio igual al monto del crédito.

La fianza se extinguía al mismo tiempo que la obligación principal por su carácter accesorio, pero era necesario que la deuda principal se extinguiera totalmente. También podía extinguirse directamente cuando la causa afectaba a la persona del fiador, quedando como hecho propio de él, pues la obligación del fiador era una obligación en sí misma considerada.

La Fideiussio romana era accesoria porque para la existencia de la obligación del fiador, era necesario que existiera otra principal. El fiador no podía quedar obligado a una cosa distinta de la debida por el deudor, ni podía obligarse en más que el deudor principal, y si eso sucedía, no era válido su compromiso ni en la medida de la obligación garantizada en cambio, si podía obligarse en menor cantidad que el del principal, garantizando la deuda parcialmente.

Era subsidiaria porque si bien en un principio el fiador respondía íntegramente de la deuda principal como obligado directo y era prácticamente otro deudor, bajo el imperio de Justiniano el fiador respondía de la deuda garantizada cuando el deudor principal no cumplía con su obligación.

Era formal porque para su perfeccionamiento no basta el simple consentimiento de las partes, sino que era necesario cumplir con las formalidades de la estipulación.

Era gratuita porque era un contrato de naturaleza civil y no producía ninguna retribución al fideiussor, ya que éste lo hacía por consideraciones al pariente o al amigo.

Era unilateral porque solamente existían obligación del fiador para con el acreedor derivadas del contrato de Fideiussio.

Existieron en Roma otras formas de caución que reconocía el Derecho Civil y el Derecho Pretorio: el Mandatum Credendae Pecuniae y la Constitutum Debiti Alieni.

El Madatum Credendae Pecuniae consistía en que el fiador daba un mandato al acreedor para que presentara al deudor principal. Podría celebrarse entre ausentes como es el caso de la estipulación, sin exigir la presencia de las partes. El mandatario acreedor podía exigir indemnización al mandante fiador por los daños y perjuicios que le hubiera causado con el mandato, así mismo el mandante que pagaba la deuda, podía ejercitar en contra del deudor

principal la acción mandati contraria o negotiorum gestorum contraria, según el caso, ya que se había comprometido en interés del deudor principal. Desde luego que el mandatario acreedor se obligaba a ceder sus acciones al fiador mandante y debía conservarlas o en caso contrario el fiador podía negarse a cumplir con el pago.

En la Constitum Debiti Alieni, el fiador se obligaba por constituto, osea, por simple acuerdo en las partes, sin que existieran formalidades, aún entre ausentes por carta o mensajes, y podía efectuarse en vía de novación especial por cambio del deudor sin extinguir la primera obligación, o podía obligarse también comprometiéndose simplemente a garantizar la obligación principal. El acreedor podía proceder contra el deudor principal o contra el que había hecho la constituto (fiador).

La constituto podía utilizarse en obligaciones ya creadas, pero solamente se podía aplicar a las operaciones sobre cosas que se apreciaban por el peso, número y medida, por lo que pudo remplazar a la fideiussio.

En el Derecho Romano se encuentran reglamentadas tres tipos de garantías personales. Así Eugenio M. Lagrange, en su Derecho Romano, dice "Antes de Justiniano las personas que se obligaban por otras se dividían en Sponsors,, Fidepromissores y Fideiussores. El que se obligaba por otro era Sponsor, Fidepromissor y Fideiussor, según que a la interrogación conforme del acreedor, hubiera respondido, Spondeo, Fidepromitto o Fideiubeo"(1)

(1) LAGRANGE, M.Eugenio. Derecho Romano. Segunda Edición, Editorial Suárez, Madrid, 1889.

1.2. "LA SPONSIO"- SUS CARACTERÍSTICAS

Una de las formas más antiguas de obligarse, típicamente romana, fue la Sponsio, pero presentó el inconveniente de que sólo fue accesible a los ciudadanos. (2).

Forma:-Requiríese para su validez, que el acuerdo de voluntades adoptara la forma estipulatoria, a través de una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor, en estos términos ¿Spondesne mihi centum dare? Spondeo. El requisito exigido en la sponsio y en todos los contratos verbis, se debió a que la estipulación servía de una doble finalidad: primero, creaba deudas nuevas y transformaba las existentes; y segundo, formalizaba los contratos carentes de forma (3), de tal manera que si se omitía la pronunciación de las palabras requeridos al celebrarse los mismos, las obligaciones derivadas de ellos no eran exigibles.

"En el Derecho Romano los Sponsors y Fideipromissores no podían acceder sino a una sola especie de obligaciones, o sea la que se contrae por estipulación, por el contrario la obligación del Sponsor o del sideipromissor quedaba excesivamente afecta a su persona y no pasaba a sus herederos. El fiador puede obligarse por vínculos muy fuertes que los del deudor principal. Así es que puede obligarse civilmente o por una deuda natural". (4)

Los principales medios de garantizar un crédito son: las garantías personales, como la fianza particular o fianza otorgada por compañías especializadas y las reales, como la prenda y la hipoteca.

(2) SANTA CRUZ TEJEIRO, José. Instituciones de Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid 1964.p. 342.

(3) SOHM RODOLFO, Derecho Privado Romano. Editorial Gráficas Panamericanas. México. 1936.p. 370.

(4) LAGRANGE M. y Eugenio.Op. Cit. Derecho Romano Editorial Francesa Madrid 1889.p.404

La garantía real es la que afecta alguna cosa para garantizar el cumplimiento de la obligación. La garantía personal, es la que afecta a la persona del deudor mediante el compromiso de deudores añadidos o accesorios.

La fianza es un contrato por el cual una persona para garantizar el cumplimiento de una obligación, se obliga juntamente con el deudor para con el acreedor, sino media contrato, sino simple pacto se llama constituto.

Fiador es una persona que garantiza el compromiso de otra persona, mediante una estipulación. (5)

La típica fianza romana nació de la stipulatio, que según el verbo utilizado en la pregunta y en la contestación, podía ser una sponsio, una fideipromissio o una fideiussio.

La sponsio exigía el empleo del verbo spondere. Este correspondía a una persona de matices religiosos, por lo cual no podía ser celebrada sino por personas que participaran en la religión romana, algo imposible para los extranjeros.

El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos y "clientes". (6)

(5) AGUILAR GÓMEZ, Gregorio. Apuntes de Derecho Romano. Editorial, Universidad Nacional Autónoma. Facultad de Leyes. 1954.p.160.

(6) FLORIS MARGADAN, S.Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial, Esfinge, S.A. Segunda Edición 1968,p. 387.

1.3. LA FIDEPROMISIO

“LA FIDEPROMISSIO”- SUS CARACTERÍSTICAS

Tanto la Fidepromissio como la Sponsio, surgieron a la vida jurídica a través de la estipulación, sólo que a diferencia de ésta, las palabras requeridas para su perfeccionamiento fueron diferentes, ¿Idem Fides promitis?; y además que en la fidepromissio podía celebrarse también por los peregrinos. Estas dos instituciones tuvieron varios puntos de semejanza; 1º.- Las obligaciones derivadas de su celebración no se transmiten a sus herederos. 2º.- Las dos garantizaban únicamente obligaciones verbis.

Una ley llamada Alpuleya, expedida unos 200 años a. de J. C., estableció que cuando hubiera varios cofiadores, a estos se les considerara como socios, concediendo un derecho de reembolso aquél de ellos que hubiera pagado íntegramente la deuda, o más de los que constituía su parte.

Otra ley posterior de la Alpuleya, la Furia de Sponsu, liberó al fiador de su obligación, siempre que hubieren transcurrido dos años a partir de la fecha en que se vencía la deuda garantizada, y no hubiese sido requerido de pago.

De la misma manera estableció que el fiador no respondía más de la parte que había garantizado, que resultaba de dividir el importe total de la deuda entre todos los cofiadores. Ya en el Derecho de Justiniano, la única forma de garantía personal que pudo asumirse por estipulación, fue la fideiussio, habiendo desaparecido las dos formas más antiguas de la sponsio y fidepromissio.

Se llamaba sponsor al acreedor, fidepromissor al deudor, el sponsor tenía por la ley Publilia la acción pensi contra el deudor, si en el término de 6 meses no había pagado; no se transmitía la responsabilidad a los herederos; caducaba, según la ley Furia de fines del siglo VI, a los dos años.

El que pagaba tenía la “actio pro socio”, contra los demás, según la ley Alpuleya.

La fianza, (fideiusión) es la única forma que se conservó en el derecho nuevo; se suprimen los términos sponsor, fidepromissor y quedó solamente fideissor.

Por la fianza se puede asegurar toda clase de las obligaciones ya sean escritas o consensuales, y aun naturales; la obligación del fiador pasa a sus herederos, y puede prestarse para una deuda futura, que queda en suspenso hasta que nazca la obligación principal.

La obligación del fiador no puede exceder a la del deudor principal porque es accesoria, y no contiene más que la principal, pero si puede ser menor que la principal (7)

(7) AGUILAR GÓMEZ, Gregorio. Derecho Privado Romano, Op. Cit.p.161.

1.4. "LA FIDEIUSSIO", SUS CARACTERÍSTICAS

La Fideiussio, es el contrato de garantiamario personal en virtud del cual una persona se obliga a responder accesoriamente de una deuda ajena, con el propio crédito. La acción para haberlas efectivas goza de carácter perpetuo, son hereditariamente transmisible a los herederos. José Santa Cruz Tejeiro, dice: "este concepto, de fianza, corresponde a una fase desarrollada de la misma, pues en un principio el fiador respondía frente al acreedor en lugar del deudor principal"; siendo dicho fiador, un rehén que quedaba obligado con su cuerpo en garantía del deudor". (8)

El fideiussor responde en forma solidaria como un codeudor, pues ya en el Corpus Iuris Civilis, su obligación es sólo accesoría y, por lo mismo, condicionada a la existencia de una principal.

Caracteres de la "fideiussio".

Accesoría.- Era necesario para la existencia de la obligación del fiador, que existiera otra principal, por lo menos naturaliter. Como consecuencia, aquél no podría prometer cosa distinta de la debida por el afianzado, ni obligarse en condiciones más onerosas; si eso llegaba a suceder, su compromiso no era válido ni aún en la medida de la obligación garantizada. No obstante, el fiador válidamente pudo obligarse a menos que el deudor principal, garantizando la deuda sólo en parte.

Subsidiaria.- En un principio la asunción de la fianza liberaba de su obligación al deudor principal, desplazando íntegramente la responsabilidad hacia el fideiussor como obligado directo, pero en el Imperio de Justiniano la situación cambió radicalmente, llegando el fiador a responder de la deuda ajena sólo en forma subsidiaria.

(8) SHOM, Rodolfo, Op. Cit.p. 161.

Formal.- En cuanto a la forma de obligarse, ya se dijo que la única garantía personal que subsistió en derecho clásico y que pudo asumir por estipulación, fue la fideiussio, pues en dicho contrato no bastaba el simple consentimiento para perfeccionarlo, sino que era indispensable cumplir con ciertas formalidades.

Gratuita.- No se tienen noticias de que el fideiussor haya percibido remuneración alguna por asumir su obligación, lo cierto es que más bien lo hacía por consideraciones al amigo y consecuentemente en forma gratuita.

Unilateral.- Si el fiador por su voluntad se obligaba a cumplir accesoriamente por el deudor principal, es obvio que el único que resultaba con obligaciones derivadas del contrato, era él.

De los beneficios establecidos para los fiadores.

Respondiendo primitivamente el fiador de su obligación a la par que el deudor principal; el acreedor si lo estimaba conveniente podía optar por exigir el cumplimiento de la deuda, directamente a aquél.

Esta situación injusta para los fiadores, se prolongó hasta la época de Justiniano, quien les otorgó beneficio de excusión por virtud del cual podían exigirle al acreedor que antes de hacerles a ellos efectivo el crédito, procediera contra el deudor principal, siempre que se le pudiera hallar y fuera solvente.

También se dio el caso de que hubiera fiadores respecto a la misma obligación, entonces el acreedor podía reclamar a cualquiera de ellos, de la totalidad de lo afianzado, y si alguno pagaba liberaba a los demás, pero como resultaba exagerado que sólo uno cubriera íntegramente la deuda, cuando todos debían hacerlo, se expidió una epístola llamada "Divi Hadriani", que estableció la *expetio divitionis*, es decir el derecho a pedir que el acreedor hiciera efectivo su crédito a prorrata, entre todos los que habían afianzado la obligación.

En cuanto a los derechos que tenía el fiador para exigir del deudor principal para que lo indemnizara lo pagado, cabe distinguir dos situaciones: a veces aquel asumía la obligación por mandato, o sea a instancia del deudor, entonces por virtud de la *actio mandati* contraria exigir el reembolso; pero si se había prestado voluntariamente a ser fiador renunciado a exigir dicho reintegro, y llegaba a pagar por el deudor principal, entonces no tenía derecho a reclamar, pues se suponía obligado *animo donandi*.

Ya en el derecho clásico goza el fiador, cuando el acreedor le demanda el cumplimiento de la obligación garantizada, del beneficio *sedendarum accionim*, por el cual antes de pagar tienen derecho a pedir al acreedor les ceda sus acciones contra el deudor y los demás coobligados; esto significa en efecto que el pago realizado por el fiador, no extinguía el derecho de la parte a reclamar, por cuanto que se realizaba una venta de acciones de acreedor a fiador, por un precio igual al monto del crédito.

A veces, como una aparente excepción al carácter accesorio de la fianza, esta se pudo celebrar para garantizar obligaciones futuras; en dichos casos, la responsabilidad del fiador dependía de la exigibilidad de las obligaciones derivadas del contrato garantizado.

Forma de extinción de la fianza:

Al hablar de las características de la fianza, dijimos que era una obligación accesorio, y se extinguía si la obligación principal deja de existir, pero como dice, Petit, era necesario que la deuda principal se extinguiera de modo absoluto, pues de otra manera no liberaba a los fiadores.

Además de este modo de extinción que podríamos llamar por vía de consecuencia, se extinguía también por cualquiera de los modos ordinarios de extinción de las obligaciones, ya que el compromiso de responder por la deuda ajena era una obligación en sí misma considerada.

Podemos agregar sobre la fianza que en el gobierno de Augusto, se prohibió la fianza que otorgara la esposa a favor de su esposo, después el senado consultó en el 46 D. de C., amplió a través de una disposición, al quitarle los efectos procesales a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligaciones, no sólo de su marido, sino también de un tercero.

En Roma la garantía real era superior a la personal; la hipoteca y la prenda protegían más ampliamente al acreedor que la fianza. Lo anterior es aplicable a nuestro derecho, pero es necesario señalar que la fianza de empresa en nuestros días es tan segura como la garantía real. Pero como lo señala el Dr. Floris Margadant, "en el derecho bizantino, empero, la regla admitía sus restricciones: por la clandestinidad del sistema hipotecario y la existencia de hipotecas legales, generales y preferentes, el acreedor hipotecario no tenía una posesión tan segura como la que tiene actualmente. Además, en vista de la extremada puntualidad del típico ciudadano romano, la práctica jurídica de entonces, prefería, a menudo, la fianza personal a la hipoteca. (9)

La fianza podía ser por menos del valor del objeto del contrato principal, pero no por más, como en el derecho actual.

(8) FLORIS, Margadant S, Op. Cit.p. 155

1.5. DERECHO ESPAÑOL

Los datos más fidedignos que la historia nos proporciona respecto a la Madre Patria, nos indican que los más viejos pobladores de la península, fueron los Iberos y los Celtas, de los que en realidad poco vestigio de su organización jurídica y política conocemos.

Más tarde, España fue colonizada por Fenicios, Cartagineses, y Griegos, cuyos caracteres sociales dejaron hondas huellas en el territorio colonizado.

Cuando todos estos pueblos sucumbieron ante la invasión romana, el Derecho del nuevo conquistador llegó a ser de aplicación general en la península ibérica, produciendo una transformación jurídica tan honda que habría de servir a la obra legislativa posterior.

Con la irrupción de los bárbaros, que de paso aniquilaron el imperio de los Césares, España sufrió una nueva invasión. En realidad de allí arrancan las primeras obras legislativas que conocemos. De ellas, muy importante por ser la primera en tiempo, es el Código de Eurico, que se dice estuvo inspirado por jurisconsultos romanos.

Lo cierto es donde se acusa dicha influencia es en los Códigos de Leovigildo y de Alarico o Breviario de Aniano. Debe también mencionarse por su importancia, el Fuero Juzgo, cuerpo de leyes para dominadores y dominados, que acusó la penetración preponderante del derecho romano frente al germánico. (10)

(10) GARCÍA, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho Mexicano, edit. Porrúa, 1949, p. 59

tenemos el Fuero Viejo de Castilla, que presenta particular importancia en este estudio, porque según Manresa, ya en él se habla de “fiadores de saneamiento que debían intervenir en las ventas de heredades hechos por los fijosdalgos”.

Sin embargo en el fuero Real título XVIII del Libro III donde se regula ampliamente todo lo relativo a fiadores. También las Partidas, magna obra legislativa debido al genio de Alfonso el Sabio, reglamentaron la fianza, encontrándose las principales disposiciones en las leyes del Libro IX del Título XII de la Partida V y en el libro X, Título XI, Partidos VII y VIII de la Novísima Recopilación (11); puede decirse que en esta materia se copió en gran parte la obra legislativa romana, con algunas limitaciones y reformas aconsejadas por la práctica y las necesidades del pueblo español.

Así se establecieron algunas prohibiciones para que los clérigos, los labradores y las mujeres, no pudieran ser fiadores más que en casos excepcionales. (12)

Se siguió considerando la fianza como contrato accesorio y susceptible de garantizar obligaciones naturales, pues aún en estos casos, el fiador estaba obligado a cumplir. Tampoco podía la fianza exceder al monto de la obligación principal, no obligarse por ella a pagar cosa distinta a la debida por el deudor. Las Partidas volvieron a admitir que los fiadores pudieran afianzar la deuda solo en parte.

“En cuanto a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, se estableció que bastaba la simple manifestación del consentimiento en forma indubitable para que tuviera validez; abandonándose en consecuencia los viejos formalismos del Derecho Romano”. Los beneficios establecidos para los fiadores fueron los ya conocidos: excusión, división y cesión de acciones. Y los modos señalados por las Partidas para la extinción de la fianza fueron el directo, que la extinguía como obligación en sí misma, y el indirecto o por vía de consecuencia.

(11) Los Códigos Españoles, Madrid, 1872, Tomo I, p. 339.

(12) GARCIA, Trinidad, Introducción al Estudio del Derecho, Méx. Editoria, Porrúa, 1949 p. 66

Es incuestionable que sin alteraciones substanciales, el contrato de fideiussio romano ejerció un decisivo influjo en las Leyes de Partida. Estas a su vez siguieron influenciando todo el Derecho español posterior, hasta la publicación de Código Civil, en que conforme a lo dispuesto a la ley de 11 de mayo de 1888, mantuvo, en cuanto a dicho contrato, el mismo criterio a las leyes precedentes.

a).- Código Español de 1888.- El Código Civil Español de 1888, sigue considerando a la fianza como un contrato, insistiendo en sus caracteres de accesoriedad, gratuidad y unilateralidad. Establece la posibilidad de garantizar deudas futuras; y en cuanto a la extensión de la fianza, dice que nunca excederá al monto de la obligación principal, aunque ésta se pueda afianzar válidamente sólo en partes.

Este Código establece los beneficios de orden, división y excusión, así como el derecho de subrogarse por el acreedor cuando se ha pagado la deuda. Las formas de extinción de la fianza siguen siendo las mismas; la directa que extingue la obligación del fiador independientemente de la deuda garantizada, y la indirecta o por vía de consecuencia. A pesar de este Código siguió los lineamientos tradicionales, introdujo no obstante, algunas innovaciones, de ella merecen citarse las que establecen que la fianza puede ser, convencional, judicial y legal. Se ha dicho que esta clasificación para nada afecta la naturaleza intrínseca de la garantía por cuanto que la misma sólo se apoya en la necesidad que se tiene de rendirla: ya veremos su oportunidad si es o no exacta esta afirmación.

Se exigió en este Código que la obligación principal existiera válidamente, por lo mismo no podían afianzarse las que sólo fueran naturales. Tampoco se requerían el cumplimiento de formalidades especiales para la celebración del acto por virtud del cual se otorgaba la fianza, bastando el simple consentimiento de las partes, manifestando en forma externa para que tuviera validez.

Antes de entrar al estudio del contrato de garantía personal (fianza civil) en el Derecho Mexicano, sería prolijo enumerar y hablar de cada una de las instituciones del Derecho Francés, Alemán e Italiano sobre la fianza, ya que estas instituciones al hablar de ella, siguen casi los mismos lineamientos y forma que siguió el Derecho Romano.

3.- El maestro Trinidad García, en sus apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, hace un breve análisis a la historia del Derecho Privado en México, y lo divide en tres periodos. (13)

1ª. Época Precortesiana

2ª. Época Colonial y

3ª. Época de México Independiente.

Nosotros sólo nos ocuparemos del estudio del contrato de Garantía Personal (Fianza Civil), en estos periodos.

La completa transformación política y económica a que fue sometido el territorio ocupado con por Antiguo Imperio Azteca, como consecuencia de la conquista de los Españoles, borró casi toda huella de aquella antigua civilización indígena, cuyo estudio bajo el aspecto económico no puede tener más aliciente que el de una simple curiosidad histórica.

Esta conciencia de la realidad mexicana es la que nos hace pensar, que nuestros pueblos aborígenes, no reglamentaron la relación contractual al de afianzamiento, pues lo más seguro es que no lo hayan conocido.

La gran Tenochtitlán sucumbe a los golpes de la conquista española, el gobierno de los pueblos vencidos y sus respectivos derechos dieron pasos a que los vencedores se impusieran en la tierra conquistada. (14)

(13) PALLARES, Jacinto. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, México. 1998. p. 158

(14) GARCÍA, Trinidad. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa 1949 Pág. 59

Esta organización política y jurídica de la Colonia no desapareció definitivamente al consumarse la Independencia, y ello dio motivo de que la naciente República aceptara en gran parte el enorme legado de Derecho que le fuere transmitido por los conquistadores

Pero pronto el nuevo Estado sintió la imperiosa necesidad de adicionar el derecho colonial, que ya no estaba de acuerdo con la época, comenzando así los primeros ensayos legislativos de México Independiente, que en poco logró su propósito.

La transformación del orden imperante, se debe más bien al movimiento de la Reforma, mientras tanto se puede decir que el país continuaba sujeto en materia civil, fundamentalmente a las Partidas, que constituyeron la médula del Derecho Privado de la nueva República. (15)

Esto nos permite asegurar que la Nueva España primero, y después en el México Independiente, fue conocida la relación contractual de fianza.

Decimos que desde los albores de la República se intentó, con ese afán de abandonar todo lo español, elaborar una legislación civil especialmente para México. A pesar de que se nombraron diversas comisiones para el logro del propósito, las mismas sólo hicieron algunos ensayos; siendo hasta el gobierno de Don Benito Juárez, que se comisionó al Dr. Justo Sierra para que redactara un proyecto del Código Civil que se terminó y público en 1861. Inspirado fundamentalmente en el proyecto de García Goyena, su principal importancia estriba en el influjo que hubo de ejercer en el Código Civil de 1870, que se aprobó por decreto de 8 de diciembre del propio año, entrando en vigor el 1º. de marzo de 1871.

(15) Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Madrid, 1943. Tomo I, p. 296.

CAPÍTULO II
“LA FIANZA EN MÉXICO”

CAPÍTULO II

LA FIANZA EN MÉXICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA FIANZA EN MÉXICO.

2.2. CÓDIGO DE 1870.

2.3. CÓDIGO DE 1884.

2.4. CÓDIGO DE 1928.

2.5. LA FIANZA DE EMPRESA.

2.6. LA FIANZA Y, SUS CARACTERÍSTICAS.

2.7. CLASIFICACIÓN DE LA FIANZA CIVIL.

2.1. ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA FIANZA EN MÉXICO.

El antecedente más remoto que se tiene de la fianza en México, data desde la consumación de la conquista de la antigua Tenochtitlán por los españoles, época en que se implantaron en nuestro País los diversos ordenamientos que regían en España entre los que destacaban el Código de Eurico, inspirado por jurisconsultos romanos y los Códigos de Leovigildo y Alarico o Brevario Aniano, como su fuente más remota del derecho Español.

Posteriormente aparece el Fuero Juzgo que era un conjunto de leyes que marcó el predominio del Derecho Romano frente al Germánico. El fuero rigió en España a pesar de la dominación árabe y posteriormente, con la unidad de los pequeños Estados españoles los Fueros Municipales adquirieron una gran importancia jurídica, y como ejemplo citamos al Fuero Viejo de Castilla que al hablar de la Fianza mencionan a fiadores de saneamiento que debían intervenir en las ventas de heredades hechas por los fijosdalgos.

El Fuero Real habla ampliamente de los fiadores en título XVIII del libro III.

Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, reglamentan la fianza en las leyes del libro IX del título XII de la partida V.

La Novísima Recopilación regula la Fianza en su libro X, título XI partida VII y XII.

En todos los citados cuerpos legislativos españoles encontramos los mismos lineamientos del Derecho Romano, sólo que contienen peculiaridades propias de las costumbres españolas de la época y recogen determinados usos tales como el que se refiere a que los clérigos, los labradores y las mujeres no podían ser fiadores más que en casos excepcionales y que el Tesorero del Consejo de Indias debía otorgar fianza para garantizar la guarda de valores que se le confiaban a su cuidado.

Estas leyes establecieron la característica de accesoriedad en el contrato de Fianza por lo que ésta no podía exceder del monto de la deuda principal, ni podía obligarse el fiador a pagar cosa distinta, pero sí permitían que la deuda pudiera ser garantizada parcialmente por el fiador.

También se reglamentaron para los fiadores los beneficios de excusión, división y cesión de acciones que fueron tomados del Derecho Romano. Con respecto a la extinción de la fianza, el Código de las Siete Partidas señaló dos formas de terminar el contrato, la directa que lo extinguía como obligación en sí misma, y la indirecta que lo hacía por vía de consecuencia, es decir, al extinguirse la obligación principal.

Es muy notorio que la influencia del Derecho Romano fue determinante en el Derecho Español, especialmente en la obra de Alfonso X el Sabio, y hay que recordar que las siete partidas extendió a su vez su influencia, a todo el Derecho Español posterior, hasta el Código Civil de 1888, que mantuvo en cuanto a la Fianza las disposiciones de los Códigos precedentes.

El Código Civil Español de 1888, consideró a la Fianza como un contrato accesorio, gratuito y unilateral, de acuerdo con las legislaciones anteriores y aún con el Derecho Romano. Estableció la posibilidad de garantizar deudas futuras y así mismo, señaló que la Fianza no debe exceder al monto de la obligación principal aunque puede garantizar parcialmente la deuda. Sólo podían ser objetos de este contrato las obligaciones existentes, no así las obligaciones naturales. (16)

Este Código también señala los beneficios de división y excusión, así como también el de subrogación del fiador en los derechos del acreedor cuando haya pagado la deuda por el fiado.

También cabe mencionar que el Código de 1888 tiene la peculiaridad de clasificar al contrato de Fianza convencional, judicial y legal, lo que es una

(16) MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código Civil Tomo XII p. 13

verdadera novedad en su época, en cambio, tratándose de la extinción del contrato de Fianza consiguió las mismas formas que señalan las siete partidas.

El contrato se constituía por el simple consentimiento de las partes manifestado en forma externa, rompiendo con esto la influencia del Derecho Romano que como vimos anteriormente, tenía grandes formalismos para que tuviera validez.

En cuanto al Código Civil Mexicano de 1870, tuvo una gran influencia del Código Civil Francés mejor conocido como Código Napoleón, sobre todo en materia de obligaciones. Esto se explica porque bajo ésta influencia se elaboró el proyecto del Código Civil Español de 1851, que con sus concordancias motivos y comentarios publicó Don Florencio García Goyena en 1852. Este proyecto sirvió de base el que para México formó el Dr. Justo Sierra por encargo del presidente Benito Juárez. El proyecto del Dr. Sierra fue revisado por una comisión que empezó a funcionar en el año de 1861 y que estuvo integrada por los licenciado Jesús Terán, José María Lacunza, Pedro Escudero y Echánove, Fernando Ramírez y Luis Mendez. Esta comisión siguió trabajando durante el gobierno del Emperador Maximiliano, y de su trabajo se publicaron los libros I y II del Código, faltando de publicarse los libros III y IV. Los materiales de esta primera comisión fueron aprovechados en gran parte por una segunda, formada por los licenciados Mariano Yáñez, José María La fragua, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquín Eguía Lis, quienes formaron el Código Civil que fue expedida en el año de 1870. La exposición de motivos de este Código refiere que el mismo se elaboró tomando en consideración los principios del Derecho Romano, La antigua Legislación Española y los Códigos de Francia.

2.2. CÓDIGO DE 1870.

El Código de 1870, fue el primer aplicable en el Distrito Federal y Territorios Federales y sirvió de ejemplo para la mayoría de los Códigos Civiles estatales.

Este Código reglamenta la fianza en el capítulo de los contratos definiéndola como "La Obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra", y la clasifica en legal, convencional y judicial y señala que puede ser gratuita, a título oneroso o con retribución para el fiador. Establece también los principios de orden, excusión y división, pudiendo ser renunciables por el fiador. Los fiadores podían ser solidarios y el que pagaba el total de la deuda tenía el derecho de cobrar a los demás fiadores su correspondiente parte de la deuda.

Fue éste el primer Código Civil expedido para el Distrito y Territorios Federales y sus autores reconocen haber recibido influencia preponderante del Derecho Romano, del Derecho Español, de los Códigos Francés, Austriaco y Holandés, y de los mismos proyectos Españoles y Mexicanos anteriores. Fue el modelo en que se inspiraron la mayor parte de las legislaturas de los estados al dictar sus Códigos Civiles.

La parte relativa a fianzas, se reglamenta cuidadosamente de los artículos 1813 al 1888, pudiendo hacerse al respecto los siguientes comentarios:

Al definirla, empieza con la declaración de que "es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace"; ella podría ponerse en tela de juicio de origen contractual de algunas fianzas, sin embargo, este razonamiento es falso, pues al reglamentarla lo hace en el libro Tercero del mencionado Código que es el de los Contratos.

Por otra parte la fianza podría ser Legal, Judicial o Convencional, además gratuita y onerosa.

La capacidad exigida para ser fiador es la misma que se exige para contratar, y sólo la mujer no puede obligarse como tal; sin embargo, la ley señala una serie de excepciones.

Para que la obligación del fiador, pueda ser eficaz, la del obligado principal debe ser civilmente válida, pues es simplemente natural, no se tiene acción para reclamar contra el fiador. El fiador no puede obligarse más allá de los límites de la deuda principal; puede no obstante y si lo desea, afianzar el débito sólo en parte.

Por primera vez el Código de 1870, se admite en forma expresa que, además de ser a título gratuito, la fianza puede pactarse con retribución.

Formalidades para el perfeccionamiento del contrato, no se exigieron en el Código de 70 (en este sentido siguió el Código Civil Español), de tal suerte que bastaba el simple consentimiento de las partes para que tuviera validez. Se siguieron transmitiendo los derechos y obligaciones de este contrato celebrado a los herederos; el fiador al ser demandado por el pago de la obligación garantizada, podría oponerle al acreedor todas las excepciones inherentes a la deuda, pero de ninguna manera las personales del deudor. Este Código volvió a consagrar los beneficios de orden, excusión y división, que solamente podrían prosperar si el fiador no había renunciado a ellos, y si se prevalía de los mismos al exigirle el cumplimiento de la obligación garantizada. Se estableció la posibilidad de que los fiadores fueran solidarios, pudiendo el que pagara, reclamar de los otros la parte que en proporción a la deuda les correspondía; cuando no había no había solidaridad, el fiador solamente tenía acción para reclamar al deudor principal por la parte que había pagado. Era necesario que cuando el fiador fuera a hacer el pago lo notificara al deudor, con el objeto de que este último no le opusiera las excepciones que tuviera contra el acreedor.

Los modos admitidos para extinguir la obligación de los fiadores fueron los mismos a que ya se han hecho referencia; el que extinguía directamente la fianza como obligación, y el indirecto o por vía de consecuencia.

Por último, los artículos 1885 al 1888 de Código Civil de 1870, se ocuparon de reglamentar la fianza legal y judicial siendo lo más notable que estos fiadores no pudieran pedir la excusión del deudor principal y que, en los casos en que estuviere obligado a dar fianza y no se le hallara, en vez de ésta otorgará prenda o hipoteca bastante para responder de su obligación.

En realidad poca diferencia se percibe en la forma como el Código de 70 reglamentó lo relativo a la fianza, y puede afirmarse con alguna seguridad, que siguió manteniendo los mismos principios del Derecho Romano, y de los proyectos que le sirvieron de inspiración, principalmente de García Goyena.

La mujer no podía obligarse válidamente como fiador, salvo las excepciones que el propio ordenamiento señalaba. Para la existencia de la obligación del fiador se requería que existiera una obligación principal válida.

En cuanto a las formalidades, el Código civil de 1870 decía en su artículo 1392 refiriéndose a los contratos en general: "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan..." Este artículo fue copiado del Código Civil Español de 1851 de García Goyena.

Los derechos y obligaciones derivadas del contrato de Fianza se tramitarían de acuerdo con dicho ordenamiento a los herederos. El fiador podía oponer al acreedor las excepciones inherentes a la deuda principal. En cuanto a la extinción de la fianza podemos decir que este Código adoptó los sistemas tradicionales, el que extinguía la Fianza directamente cuando se consideraba como una obligación y el que la extinguía por vía de consecuencia, al cumplirse la obligación principal

2.3. CÓDIGO DE 1884.

En esta época nuestro país sufrió grandes movimientos político-militares que provocaron que este código tuviera muy corta vigencia ya que fue sustituido por el Código Civil Mexicano de 1884, que reguló el contrato de Fianza en forma similar al anterior siendo su única aportación establecer por primera vez, que en materia de fianzas, la mujer estaba plenamente capacitada para contratar.

Los vendavales políticos y las inquietudes sociales que con tanta frecuencia ha tenido que sufrir nuestra patria, fueron la causa de que el Código de 1870, tuviera corta vigencia, pues en 1884 se promulgó uno nuevo que fue de escasos méritos, ya que sin alteraciones substanciales se inspiró fundamentalmente en su antecesor, no obstante, una modificación interesante introdujo al aceptar en materia hereditaria el sistema de la libre testamentificación, es vez del forzoso exigido por el anterior.

Este Código sufrió más tarde reformas muy notables por la expedición el 9 de abril de 1917, de la Ley de Relaciones Familiares, que creó el divorcio como disolución del vínculo y dio a la mujer plena capacidad jurídica; también derogó del anterior, el capítulo de la retroventa. En la relativa a la fianza, en forma casi idéntica, siguió reglamentando la institución, aunque debe estimarse que por virtud de la ya mencionada Ley de Relaciones Familiares, la mujer a partir de entonces, tuvo plena capacidad para celebrar toda clase de contratos y, entre ellos, el de fianza. Salvo esta modificación que se introdujo después de 1917, la fianza siguió regulada en la forma muy parecida a como lo estaba en el Código de 1870, por lo mismo los comentarios hechos con respecto a éste, válidamente pueden aplicarse a aquél.

2.4. CÓDIGO DE 1928.

Finalmente en cuanto al Código Civil Mexicano de 1928 en vigor, mencionemos que para su elaboración la Secretaría de Gobernación designó a los juristas Francisco H. Ruíz, Ignacio García Téllez, Angel García Peña Y Francisco Moreno, quienes formularon un proyecto que en forma de Código se publicó el 25 de abril de 1928. Este proyecto reformado por los mismos autores se convirtió en el "código civil para el Distrito Federal y Territorios federales en materia común y para toda la República en materia Federal", se publicó en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de marzo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928; entró en vigor el 1° de octubre de 1932, por decreto del 29 de agosto del mismo año, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 1° de septiembre, también del 1932.

El artículo 2794 de este Código Civil define a la fianza como "el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace".

También distingue la fianza en legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso, señala que pueden otorgarse fianzas aun por deudas futuras e ilíquidas, pero la obligación del fiador es exigible la deuda principal garantizada. También señala como requisito para la existencia de la fianza, la validez de la obligación principal, aunque admite que aquella exista sobre una obligación anulable en virtud de una excepción puramente personal del obligado. El fiador puede obligarse a menos que el deudor principal, pero no a más. La obligación del fiador es transmisible a sus herederos, pero solamente en proporción al caudal hereditario que reciban. Se establecen en este código los beneficios de orden, excusión y división, los cuales son renunciables por el fiador. El fiador que paga se subroga el todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor y debe ser indemnizado de la deuda principal, de los intereses correspondientes computados desde que haya dado aviso al deudor principal de que pagó por él, y de los daños, perjuicios y gastos que haya sufrido.

Exige este Código que el deudor presente como fiador a persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza, es decir, exige la solvencia continua del fiador por que si llegara para el fiador la insolvencia, se prevee que el acreedor pueda pedir otro fiador que reúna las cualidades mencionadas de capacidad de solvencia.

Por lo que toca a las Fianzas legales o judiciales, esta exigencia es más rígida, ya que establece que cuando exceda de mil pesos, se presente por el fiador un certificado del Registro Público de la Propiedad en el que conste que tiene bienes raíces suficientes para garantizar la obligación y así se pueda mandar a hacer una anotación marginal de los asientos donde aparezcan inscritos los bienes, para que queden afectados como garantía y en caso de enajenación o gravamen de los mismos que trajera como consecuencia la insolvencia, las operaciones que hayan motivado a ésta se consideren fraudulentas.

En el artículo 2811, que en seguida se transcribe, se aclara que este código sólo regula a la Fianza civil y no a la Mercantil o de Empresa a la cual se refiere en su segunda parte:

“Quedan sujetas a las disposiciones de este título las Fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en a favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o cualquier otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan”.

Es en el Código de Comercio de 1889, donde se especifica que la Fianza es Mercantil “cuando tuvieron por objeto asegurar el cumplimiento de Contratos de Comercio”.

2.5. LA FIANZA DE EMPRESA.

El primer antecedente sobre la Fianza de empresa, tuvo su origen en el decreto del 13 de julio de 1895, por el cual se autorizó al Poder Ejecutivo para otorgar concesiones a las compañías que expidieran fianzas para caucionar el manejo de fondos de funcionarios y empleados públicos que debían cubrir este requisito y para otorgar fianzas semejantes a los Estados, Municipios, Compañías y Particulares.

El 24 de mayo de 1910, se promulgó una nueva Ley que amplió los reglones en los que, las compañías de fianzas podían otorgar cauciones, tanto para garantizar el manejo de funcionarios y empleados, como para responder por el pago de derechos, contribuciones, impuesto y rentas entre otros casos, que conforma a la Ley, se requería de una garantía, o bien para respaldar responsabilidades que se derivan de contratos que los particulares o compañías celebran con el Gobierno Federal, Estatal o Municipal para la ejecución de obras o suministros de efectos materiales. Esta Ley fue reglamentada un mes después solo para comprender aquellas garantías que se otorgan a favor de la Hacienda Pública regulando fundamentalmente la Fianza de Fidelidad a favor de las Entidades Federativas.

Este ordenamiento quedó abrogado por la Ley de Compañías de Fianzas del 11 de marzo de 1925, misma que consideró a las instituciones de Fianzas como "Instituciones de Crédito" al año siguiente, el 31 de agosto de 1926, se publicó la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que dedicaba su capítulo IX especialmente a las afianzadoras, sin embargo este tratamiento fue transitorio, porque en la Ley de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932, nuevamente las afianzadoras quedaron fuera del sistema bancario y prácticamente pasaron a formar parte del grupo de Instituciones de Seguros porque se consideraba que la técnica de distribución de riesgos operaba la fianza de igual manera que en el seguro, lo que e erróneo.

La Ley de Instituciones de Fianzas de 1940, otorgó un tratamiento singular a las empresas afianzadoras, ya que les dio naturaleza propia y distinta a las de seguros e instituciones de crédito.

El 31 de diciembre de 1942, se promulgó una nueva Ley que trató de mejorar las disposiciones inadecuadas e insuficientes de la anterior. En ella se establecen, entre otras cosas los tipos o ramos de fianzas que se conservan hasta la fecha y que son los siguientes:

- I.- Fianzas para caución de personas que tengan a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos o privados.
- II.- Fianzas ante autoridades judiciales.
- III.- Cualquier otro tipo de fianzas.

Así mismo se prohíba a las compañías afianzadoras expedir fianzas en forma de aval con el fin de no interferir en las operaciones de las instituciones de crédito.

Finalmente, con fecha 26 de diciembre de 1930, se dictó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por virtud de la cual se consideró que el otorgamiento de fianzas con carácter mercantil es objeto propio de las sociedades afianzadoras que tengan concesión expresa del estado.

El 24 de diciembre de 1968, se vuelve a considerar a las compañías afianzadoras dentro del sistema bancario, esta vez como organizaciones auxiliares de crédito, carácter que conservó hasta el 20 de diciembre de 1984, en que se les dejó sin clasificación alguna.

2.6. LA FIANZA Y SUS CARACTERÍSTICAS.

DEFINICIÓN DE ESTE CONTRATO Y SU CLASIFICACIÓN

Nuestro actual Código Civil, en su artículo 2794, define a la Fianza como "un contrato por el cual una persona (Fiador o Afianzadora) se compromete con el acreedor (Beneficiario) a pagar por el deudor (Fiado) si éste no lo hace".

La fianza es un contrato de garantía en virtud del cual una persona llamada fiador, se obliga a pagar al acreedor si el deudor de la obligación garantizada no lo hace (Art. 2794). Se celebra entre el acreedor y un tercero, independientemente de que el deudor esté o no de acuerdo.

"Es un contrato de garantía personal, o sea el cumplimiento de la obligación se garantiza en forma subsidiaria con el patrimonio del fiador, a diferencia de la prenda y la hipoteca en los que sólo se garantiza con un bien específico. Asimismo la fianza se distingue con la asunción de deuda en la que el deudor queda liberado. También de la obligación solidaria en la que el acreedor puede demandar a uno u otro indistintamente" (17)

Al definir a la Fianza como un contrato, se sobre entiende que siempre se derivará de un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador. El hablar de acreedor se refiere a un término que implica una relación jurídica preexistente entre él y el deudor, lo que da como resultado que la fianza es un contrato principal o bien, a una obligación ya contraída.

El acuerdo de voluntades en la Fianza consiste primero, en que el fiador debe manifestar al acreedor su voluntad de pagar por el deudor si éste no lo hace, y en un segundo término, el acreedor debe manifestar su consentimiento aceptando al fiador.

(17) PÉREZ FERNÁNDEZ, de Castillo. Contratos Civiles, México, Porrúa, 1998.p. 329

La obligación del fiador estará condicionada a que exista un incumplimiento del deudor, pero la obligación es una, por lo que si el deudor, pero la obligación es una, por lo que si el deudor paga, el acreedor no podrá cobrarle al fiador.

La definición mencionada corresponde a la Fianza Civil es la que se da entre particulares.

El 3 de junio de 1895, como se vio antes, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que fija las bases para otorgar concesiones a las Compañías de Fianzas, lo que constituye el fundamento de la reglamentación oficial de la Fianza de Empresa en México. Es el inicio para considerar a la Fianza como la garantía con las características que actualmente tiene, es decir expedida a título oneroso por compañía concesionada por el propio Estado, para funcionar como un servicio que se debe prestar al público que requiera de esta garantía.

La Fianza de Empresa la podemos definir como una obligación asumida como un contrato accesorio, por medio del cual, una Compañía concesionada por el Estado, la fiadora, mediante el cobro de una prima, hace suyas las responsabilidades ante otra persona, la beneficiaria por la deuda, conducta u obligación principal de una tercera persona que es el fiado.

Los derechos y obligaciones que resultan de la expedición de la Fianza de un contrato celebrado entre el fiado y la fiadora con una estipulación a favor de un tercero que es el beneficiario.

Se le conoce con el nombre de la Fianza de Empresa, que se generalizó debido a que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dice en su artículo 3 que "sólo las Instituciones de Fianzas pueden otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, y que la Institución de Fianzas es una Sociedad Anónima, autorizada previamente por el gobierno Federal para otorgar Fianzas a título oneroso.

Por lo mismo, las personas físicas o morales no autorizadas para garantizar obligaciones, no podrán ser Instituciones de Fianzas.

A la fianza de Empresa o Institucional, se le considera como una actividad profesional de las Instituciones de Fianzas, es decir, onerosa, sistemática y exclusiva del empresario afianzador.

A continuación procederemos a recorrer las características del contrato de Fianza desde el punto de vista civilista, porque no hay que olvidar que la Fianza pertenece como relación contractual al Derecho Civil, y si la encontramos en el Derecho Mercantil es por las ventajas que esto reporta.

2.7. CLASIFICACIÓN DE LA FIANZA CIVIL.

La Fianza puede clasificarse como un contrato: a) Accesorio; b) Unilateral; c) Gratuito; d) Con libertad de formalidades.

a) **Accesorio.** Como todos los contratos de garantía su validez y existencia depende de una obligación principal. De acuerdo con el artículo 2797, el contrato de fianza no puede existir sin una obligación lícita, y el fiador se puede obligar a menos pero nunca más de la obligación principal (Art. 2799). Si se renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, el contrato de fianza podría parecerse a la obligación solidaria. Sin embargo, la obligación del fiador se extiende única y exclusivamente a entregar una cantidad de dinero; esto es, si son obligaciones de hacer, al fiador no se le puede obligar a la ejecución forzosa (Art. 2800), en cambio si se puede forzar al obligado solidario.

b). **Es unilateral.** En virtud de que el único obligado es el fiador.

c). **Gratuito.** El contrato de fianza tiene esta naturaleza, porque el fiador no obtiene ningún beneficio económico, pero sí las cargas y los gravámenes. Puede ser oneroso si se exige una contraprestación por la celebración del contrato.

d). **Con libertad de formalidades.** La Ley sólo exige que la voluntad debe ser expresa (Art. 2808). No así las fianzas legales y judiciales, las que para ser anotadas en el Registro Público de la Propiedad, es necesario como *minimun* otorgarlas en escrito y ratificadas las firmas ante fedatario (Art. 3005, frac. III. (18)

En relación a la clasificación de la Fianza Civil como contrato diremos que es consensual en oposición al formal, ya que de acuerdo con nuestro

(18) Ibid. Editorial, Porrúa, p. 331

Código Civil de 1928, no está sujeto a formalidades especiales y obliga por el mero consentimiento de las partes: unilateral por que en principio el único que queda obligado al tiempo de su celebración es el fiador, aunque después puede nacer obligaciones a cargo es el fiador, aunque después puede nacer obligaciones a cargo del acreedor o del deudor principal, pero éstas serán resultado de circunstancias accidentales que pueden o no producirse; accesorio, porque resulta del hecho fundamental que consiste en que el fiador contrae una obligación de garantía, dependiente de la obligación principal, y ésta es la nota característica del contrato de Fianza, a título gratuito, porque el fiador, en la Fianza Civil, obra generalmente con el fin de favorecer al deudor, sin interés remuneratorio ni equivalente alguno, pero puede estipularse en el contrato una remuneración para el fiador, en cuyo caso debemos entender que estamos ante un contrato bilateral, a título oneroso y asimismo conmutativo, porque los provechos y gravámenes son ciertos y determinados desde la celebración del contrato.

Por su origen se clasifica en convencional cuando se constituye por contrato o testamento, legal cuando es impuesta por la Ley y judicial cuando tiene su origen en un mandato general.

En razón de la obligación que queda garantizada se clasifica en Fianza simple o normal y Fianza doble o subfianza, la primera es aquella que garantiza una obligación principal, mientras que la segunda es la que garantiza a una fianza anterior. Nuestro código admite ambas especies al decir que puede construirse la Fianza no solo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun en contra de su voluntad.

Considerando su extinción, la Fianza Civil puede ser limitada o ilimitada. La limitada es aquella en que la responsabilidad del fiador se contrae a la obligación principal, pero no a los accesorios legales o pactados. La ilimitada es aquella en la que el fiador responde no sólo de la obligación principal, sino de todos sus accesorios, incluso de los gastos y costas del

juicio, entendiéndose respecto de éstos, que no responderá sino de los devengados después de que haya sido requerido para el pago.

Teniendo en cuenta la legislación que la rige, puede ser mercantil y civil, la mercantil es la que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aún cuando el fiador no sea comerciante, la civil es la que se encarga de garantizar obligaciones civiles.

Existe el contrato de fianza: legal, judicial, convencional, fiscal y mercantil.

Legal. Es la que exige el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de una obligación. Por ejemplo. El tutor, albacea, síndico, usufructuario, etc. Este tipo de fianzas se caracterizan porque el fiador, para garantizar su solvencia por lo menos debe tener un bien inmueble (Art. 2850). Esta circunstancia se acredita con un certificado de libertad de gravámenes, en donde hay que anotar preventivamente el contrato de fianza. En caso de que el fiador enajene el inmueble la venta se considera fraudulenta (Art. 2854).

Otra característica de este tipo de fianzas es que el fiador no tiene derecho a la excusión de bienes.

Judicial. Esta fianza es la impuesta por el juez dentro de un procedimiento. Es una especie de la legal, ya que todas las judiciales están previstas en la ley. Así por ejemplo, el tutor tiene obligación de caucionar su manejo por medio de hipoteca, fianza o prenda; si escoge la fianza, el juez señala el monto correspondiente.

Convencional. Es la que el fiador acepta libremente. En la mayoría de los casos es una liberalidad, pues el fiador no se encuentra obligado y se otorga gratuitamente.

Fiscal. El Código Fiscal de la Federación establece que los créditos fiscales se pueden garantizar con fianza:

Artículo 141 Los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal en alguna de las formas siguientes:

III. Fianza otorgada por institución autorizada, la que no gozará de los beneficios de orden y exclusión.

Mercantil. Se consideran fianzas mercantiles las expedidas por compañías de fianzas, mismas que se rigen por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Éstas como lo expresé anteriormente son, son onerosas, se prestan mediante una contraprestación denominada prima y se debe expedir en pólizas. Para constituir una compañía de fianzas, se requiere permiso de la Secretaría de Hacienda y crédito Público. Asimismo, sus pólizas necesitan autorizarse por la Comisión Nacional de Pólizas y Fianzas. (19)

Los Elementos Reales de la Fianza, de acuerdo con el artículo 1794 de nuestro código civil, son la existencia d una obligación principal y el objeto.

Por su carácter accesorio, el contrato de fianza para que pueda existir, necesita de una obligación principal, no puede existir la fianza sin una obligación válida.

La eficacia de la fianza depende de la obligación garantizada. Si ésta fuere inexistente o estuviera afectada de nulidad absoluta de la fianza tampoco podría existir; pero si fuera anulable solamente, la subsistencia del contrato accesorio dependería de que aquélla se declare o no nula.

(19) Ibid. p. 334

Sin embargo, si la nulidad sólo puede ser reclamada en virtud de una excepción personal del deudor, como sería la minoría de edad, entonces la fianza subsistirá, porque el fiador no podrá oponer esa excepción, que es personal del deudor principal.

La fianza, como obligación accesoria, no puede exceder en su obligación a las condiciones de la deuda principal, si el fiador se ha obligado a más que el deudor principal, la obligación se reduce hasta que sea igual a la obligación de éste. Puede en cambio garantizar sólo parte de la deuda, pues el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal.

La obligación principal puede ser una obligación futura, la cual es susceptible de ser afianzada, pero esta fianza no llegará a ser válida si aquella no llega a existir. Por otra parte la fianza es válida también cuando se otorga por una obligación principal indeterminada, pero cierta y determinable, solo que únicamente puede ser exigible la obligación del fiador cuando la deuda se ha hecho líquida

CAPÍTULO III
“LA FIANZA Y LA DOCTRINA”

CAPÍTULO III

LA FIANZA Y LA DOCTRINA

3.1. DEFINICIONES DEL CONTRATO DE FIANZA.

3.2. CLASIFICACIONES:

- a). MARCEL PLANIOL.
- b). WIDSCHEID.
- c). FILOMUSI.
- d). GEORGI.
- e). CÓDIGO CIVIL DE 1928.
- f). OTRAS CLASIFICACIONES.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA.

3.4. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA.

3.5. ESPECIES DE FIANZAS

- a). CONVENCIONALES, LEGALES Y JUDICIALES.
- b). GRATUITAS Y ONEROSAS.
- c). SIMPLES Y SOLIDARIAS.
- d). CIVILES Y MERCANTILES O DE EMPRESA.

3.1. DEFINICIONES DEL CONTRATO DE FIANZA.

1.- Dos aspectos diferentes tiene la palabra fianza: genéricamente hablando, por fianza se alude de una manera universal a cualquier garantía, ya sea ésta persona (contrato de fianza) o real (contrato de prenda o de hipoteca), o cualquiera otra clase de garantía.

Estrictamente por fianza, garantía personal, se entiende aquella institución que al formarse genera una seguridad limitativamente personal, garantizando al acreedor el cumplimiento de la obligación principal por un tercero.

Al empezar el estudio doctrinario de la fianza, consultamos a varios autores y nos encontramos que todos ellos al definir el contrato de fianza civil, guardan gran semejanza; para el efecto transcribimos las siguientes definiciones:

Colín y H. Capitán, en su curso elemental de Derecho Civil, la define diciendo que es "el contrato por virtud del cual un tercero, llamado fiador, promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta su obligación" (20).

Julien Bonnecase, al definirla transcribe el artículo 2011 del Código Francés, que dice "es un contrato en virtud del cual una persona se obliga, con un acreedor, a pagarle, en caso de que su deudor no cumpla por sí mismo la obligación" (21).

(20) COLIN, Ambrosio. Curso Elemental de Derecho Civil. Madrid ,Reus, 1925.p. 11

(21) JULIEN BONNECASE, Derecho Civil Tomo II. Pue. Méx. Editorial Porrúa, p.580

Manresa y navarro, a su vez la definen como el "contrato mediante el cual uno de los contratantes da su garantía personal para asegurar el cumplimiento de una obligación contraída por otra distinta persona, comprometiéndose a cumplirla por ella, si ésta no lo hiciera en el tiempo y en la forma en que se obligó a llevarla a efecto" (22).

Calixto Valverde en su Trato transcribe la definición del Código Civil Español, artículo 1822, que dice "por fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste" (23).

El artículo 2794 del Código Civil vigente, define la fianza como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Las codificaciones civiles, tanto antiguas como modernas no ofrecen mayor divergencia respecto a la definición que los ocupa, únicamente que algunas de ellas no las han definido como contrato y solamente señalan la obligación que hace de la fianza.

De las exposiciones antes citadas se puede apreciar por la simple lectura la gran semejanza que hicimos notar anteriormente; sin embargo, tomaremos como base para nuestro estudio la definición que para este contrato propone el maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra de "Derecho Civil Mexicano" y que dice "la fianza es un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace" (24).

(22) MANRESA Y NAVARRO. Comentario al Código Civil Español. Editorial Porrúa, 1911, p,147

(23) VALVERDE. Tratado de Derecho Civil español tomo III, Editorial, Porrúa 1938,p. 616

(24) ROJINA VILLERAGAS, Fafael. Derecho Civil Editorial, Robledo, Mex. 1968, p. 328

Lo importante de esta definición citada, es que se incluye dentro de ella el carácter accesorio. Dado la importancia que para el contrato de fianza tiene dicho atributo, el maestro Rojina Villegas lo incluyó, pues de éste se derivan múltiples consecuencias; en su oportunidad estudiaremos la citada característica con amplitud.

2.-Tanto en Derecho positivo, como en la doctrina existen diversas clasificaciones de los contratos, según sea el pensamiento jurídico del autor del texto o de donde las codificaciones hayan tomado sus fuentes, sin embargo no podríamos ocuparnos en este trabajo de todas ellas, y exclusivamente señalaremos aquellas que hayan servido preponderantemente en la elaboración de la materia en nuestro Derecho vigente.

3.2. CLASIFICACIONES

a).- La clasificación en materia de contrato hace el autor Marcel Planiol., la basa en la naturaleza de su objeto. Planiol sostiene que el objeto del contrato puede consistir en cosas, servicios y derechos, o sea que puede tener por objeto el uso o transmisión ya sea de la cosa o de la propiedad, ejecutar un trabajo o transmitir un derecho, de lo cual se desprende que sigue la división de las obligaciones: Dar, hacer o no hacer.

El autor divide a los contratos en tres grupos (25).

I.- Los que tienen por objeto las cosas, ya sea que transmitan la propiedad o se conceda el uso de la cosa (compraventa, mutuo, donación, comodato y arrendamiento)

II.- Los que tienen por objeto la prestación de un servicio, ya sea que éste se preste en forma onerosa o gratuita (el contrato de Arrendamiento, de Obra y el de Prestación de Servicios, Contrato de Guarda, como el depósito y el secuestro).

III.- Este último grupo comprende los que tienen por objeto la transmisión de un derecho o de una obligación; ejemplo del primero, tenemos el contrato de Cesión de Derechos, para los segundos se señala el contrato de Cesión de Deuda.

b).- Clasificación de Windscheid.

A diferencia de Planiol, este autor hace la clasificación, no atendiendo a la naturaleza del objeto sino atendiendo a la finalidad del contrato basado en la idea de que los contratos pueden ser onerosos o gratuitos, o tiene por objeto la restitución de cosas ajenas y señalan las siguientes categorías:

I.- Los contratos que tienen por objeto un cambio, en su sentido más amplio; este autor se basa en el contrato oneroso y en su carácter

(25) ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil. México Tomo VI Contratos. Mex.1968,Editorial, Porrúa, p.51

bilateral, atributos estos que traen aparejada la idea de cambio de una prestación por otra, ejemplo: Permuta; cosas por dinero, la compra-venta; o el uso por dinero; como el arrendamiento.

II.- En este segundo grupo, menciona a los contratos que tienen por objeto la restitución de cosas: como los contratos de depósito y comodato.

III.- Este tercer grupo, lo forma con los contratos que tienen a una comprobación jurídica de los derechos: contratos que resuelven una controversia jurídica, compromiso de árbitros y transacción.

IV.- Un último grupo lo compone los contratos de naturaleza híbrida, ya que hace una exclusión de todos aquellos contratos que no son del cambio, de restitución o de comprobación jurídica, dando por resultado, la donación y al lado de ésta, la sociedad y los contratos accesorios de fianza, prenda e hipoteca y por último señalan los aleatorios de juego, apuestas, renta vitalicia, etc.

Según el maestro Rojina Villegas, tiene importancia esta clasificación, porque establece la categoría de contrato de comprobación jurídica.

c).- Clasificación de Filomusi (26).

Para ordenar los contratos, este autor se inspira en el pensamiento de Kant que los divide en dos categorías fundamentales; los divide, diferenciándose de los autores antes citados, según sea su naturaleza, en principales o accesorios.

I.- Los contratos principales, cuya existencia depende de sí mismos.

II.- Contratos accesorios cuya existencia depende de la existencia de otro principal, del cual son accesorios.

Dicho autor explica que hay contratos que existen por sí mismos, con independencia de cualquier otro contrato y existen también otros que sólo

(26) Ibid. p. 51

se producen, que solamente tiene existencia, en virtud de la existencia de un contrato principal.

Los contratos independientes o principales, que son los que tienen mayor interés, los divide según el maestro Rojina Villegas en:

- 1.- Contratos Principales Gratuitos.
- 2.- Contratos Principales de Cambio y onerosos.
- 3.- Contratos Principales que se proponen realizar una finalidad común entre las partes.
- 4.- Contratos Principales de Comprobación Jurídica.

En los primeros, el contrato es principal y la gratuidad, su característica no onerosa, consiste en la transmisión de dominio de una cosa, o en el facere, prestación de un servicio sin retribución; podemos citar la donación, el comodato, el depósito y el mandato.

En los segundos, contratos principales de cambio, señala que son aquellos en que las prestaciones son recíprocas entre las partes, como ejemplo de estos cita: a los traslativos de dominio oneroso, compraventa, en el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de la cosa y el comprador a cambio de la cosa que se obliga a pagar un precio, la permuta y el mutuo con interés. También se incluyen en este grupo lo traslativo de uso oneroso, la prestación de servicios cuando se remunera dicha prestación, el mandato y el depósito.

En el tercero comprenden el contrato de sociedad y a la asociación.

En el cuarto grupo de esta clasificación, el autor se refiere a los contratos principales y de comprobación jurídica, los cuales tiene como objeto como su nombre lo indica, la comprobación jurídica de los derechos; pone por ejemplo el contrato de transacción y el de compromiso en árbitros.

d).- Clasificación de Georgi.

Se dejó por último intencionalmente, la clasificación que hace el autor Georgi, por la razón muy cierta que señala el maestro Rafael Rojas Villegas y que dice: "Esta clasificación de Georgi es casi aceptada íntegramente por el Código Civil vigente, podríamos decir que se observa en el índice del Código como una modificación: agrega los contratos aleatorios. Estos últimos, efectivamente no están previstos en la clasificación de Georgi. Además comprende el antecontrato".

Este autor aborda el problema de ordenar los contratos y al hacerlo no atiende como Planeol a la naturaleza de su objeto, sino al resultado o finalidad del contrato, al propósito que llevan las partes al realizar el contrato y lo clasifica en 6 grupos.

I.- La transmisión del dominio.

II.- La transmisión del uso.

II.- La realización de un fin común.

IV.- La prestación de servicios.

V.- La comprobación jurídica.

VI.- La constitución de una garantía, es decir, comprende aquellos contratos cuya finalidad es garantizar una obligación principal.

En el primer grupo comprende aquellos contratos que tienen por resultados prácticos y jurídicos, la transmisión del dominio de una cosa, es decir esa cosa o ese derecho pasa del patrimonio de la otra parte contratante y están comprendidos dentro de esta categoría la compraventa, la donación, la permuta, el mutuo, principalmente.

En el segundo grupo quedan comprendidos el arrendamiento y el comodato, la finalidad de estos contratos es conceder el uso y el goce.

En el tercer grupo, están comprendidos los contratos en el que las partes tienen un propósito común, no persiguen intereses opuestos, se persigue una

finalidad única, como ejemplos de éstos, están los de sociedad y los de asociación; en los primeros las partes siguen un fin de carácter económico, en los segundos persiguen un fin común, pero a la inversa del contrato de sociedad, en estos no se persigue un fin económico, se sigue una finalidad preponderantemente artístico, científico, de beneficencia, etc.

En el cuarto grupo encontramos los que tienen por finalidad la realización de una obligación de hacer, tiene por objeto un facere, como ejemplo de estos, encontramos el contrato de prestación de servicios profesionales, el depósito y el mandato.

En el quinto grupo, tienen como finalidad jurídica señalar el alcance de los derechos contravertidos, fijar con certeza el alcance de los derechos en disputa; el autor citado enumeró los siguientes: el contrato de transacción y de compromiso en árbitros.

El maestro Rafael Rogina Villegas, dice refiriéndose al compromiso en árbitros.

"Aun cuando Georgi lo enumera como contrato que tiene por objeto la comprobación jurídica, en realidad el compromiso no es sino el medio para pactar, un sistema arbitral que vendrá a determinar el alcance y la naturaleza de los derechos controvertidos. En cambio la transacción si es un contrato que directamente tiene por objeto determinar cual es el contenido de determinados derechos que han sido objeto de litigios o que podrán ser disputados".

En el último grupo encontramos los contratos que tienen por finalidad el garantizar a uno principal y consecuentemente fungen como contratos accesorios; si la garantía que se otorga es personal se nombrará fianza, si la garantía que se otorga es real, será hipoteca, prenda y anticresis.

Podríamos seguir citando clasificaciones por la abundancia en las mismas, pero no es el objeto fundamental de nuestro trabajo, únicamente lo hicimos

con el fin de tener una idea, para llegado el momento hacer una clasificación del contrato de garantía personal, fianza civil; ahora bien antes de hacerlo, creemos necesario aunque sea brevemente una ojeada a la clasificación que de los contratos hace nuestro derecho positivo.

e).- La sistemática seguida por la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil de 1928 adopta la siguiente clasificación de los contratos.

I.- En primer lugar nuestro Código reglamenta los contratos preparatorios, la promesa, o contrato preliminar de otro.

II.- Contratos traslativos de dominio, que son aquellos que tienen por finalidad la transmisión de la propiedad de una cosa o de un derecho, de una de las partes contratantes a la otra: compraventa, permuta, donación y mutuo.

III.- Contratos traslativos de uso, mismos que tienen como finalidad, el conceder el disfrute o goce de una cosa o de un derecho: arrendamiento, subarrendamiento y el comodato.

IV.- Contratos de custodia, el depósito y el secuestro, cuando éste es convencional. El maestro Rafael Rojina Villegas dice: Propiamente sólo es secuestro convencional en el que los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito a que conforme a la sentencia tenga derecho a ella, pues el secuestro judicial se constituye por decreto del juez, quien ordena el depósito de una cosa en poder de un tercero (Artículo 2544 C. C.) no es un contrato, sino un acto de autoridad faltando evidentemente el consentimiento y el acuerdo de voluntades, para que se pudiera sostener que en dicho acto existe una convención"(27).

V.- Los contratos de prestación de servicios, tiene como finalidad una prestación de hacer por una de las partes en beneficio de la otra, contrato de mandato, prestación civil de servicios, prestación de servicios profesionales, de obra a precio alzado, el de transportes y de hospedaje.

(27) Ibid.p.441

VI.- Contratos de finalidad común y constitución de personalidad, en estos las partes contratantes tienen un fin común que pueden ser de carácter económico, como en la sociedad, o un fin que no es económico, sino de otra naturaleza, artística, de beneficencia, etc., y dichos contratos son constitutivos de personalidad jurídica, ya que al formarse crea una persona moral: sociedad y asociación.

VII.- Contratos aleatorios, en estos las partes contratantes en el momento de la celebración del contrato, no saben si la ejecución del mismo les reportará una ganancia o una pérdida, es decir, el resultado económico del contrato depende de un acontecimiento futuro e incierto: el juego y la apuesta la renta vitalicia y la compra de esperanza.

VII.- contratos de garantía, estos contratos, tienen como finalidad fundamental la de garantizar el cumplimiento de una obligación principal y consecuentemente fungen como contrato accesorio, si la garantía que se otorga es personal dá nacimiento al contrato de hipoteca o prenda.

IX.- Contrato de certeza jurídica, que tienen como finalidad principal terminar una controversia presente o futura mediante concesiones recíprocas que las partes que intervienen se hacen las unas a las otras: transacción.

f).- La doctrina y las diferencias codificaciones, y en nuestro derecho positivo, los contratos también se clasifican:

I.- Contratos bilaterales y unilaterales.

II.- Onerosos y gratuitos.

III.- Conmutativos y aleatorios.

IV.- Reales y Consensuales.

V.- Formales y consensuales.

VI.- Principales y accesorios.

VII.- Instantáneo y de tracto sucesivo.

I.- Los Contratos Bilaterales y Unilaterales: producen obligaciones y derechos recíprocos entre las partes que los celebran, se les conocen por contratos bilaterales. El contrato Unilateral es aquel que sólo produce obligaciones para una de las partes contratantes, pero ambos se les conoce también como contratos sinalamáticos, ejemplo, la compraventa, la permuta, etc; de los segundos podemos citar la donación y la fianza no retribuida.

Cuando las partes contratantes convienen en imponerse gravámenes y provechos recíprocos, el contrato es oneroso y si sólo se conviene que una de las partes reporte esos gravámenes y la otra se beneficie, estaremos frente a un contrato gratuito; ejemplo de los primeros, podemos citar, el contrato de compraventa y de los segundos, el contrato de fianza civil gratuito, en éste contrato el único obligado y el que reporta los gravámenes, es el fiador y el beneficiario es el acreedor.

II.- Contratos Onerosos y Gratuitos: Los contratos onerosos a la vez se subdividen, en conmutativos y aleatorios, de los primeros podemos decir que son aquellos en que las partes en el momento de su celebración conocen el alcance de las prestaciones debidas, es decir, conocen el alcance de sus derechos y gravámenes que de él emanen, ejemplo de estos tenemos la compraventa.

Los Contratos Conmutativos y Aleatorios: Los contratos aleatorios se diferencian de los conmutativos en que al momento de celebrarse, las partes no conocen el alcance de sus obligaciones y derechos, ya que esto depende de que se realice una condición (acontecimiento), futuro e incierto; de estos contratos podemos citar como ejemplo el contrato de juego y apuesta, renta vitalicia y compra de esperanza.

Nuestro Código Civil Vigente, hace la distinción de estos contratos, en el factor de la ganancia o pérdida y al efecto dice el artículo 1838, el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes, son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es

aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino que hasta ese acontecimiento se realice.

Refiriéndose al artículo citado, el maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra de Teoría General de las Obligaciones dice: "En su primera parte la definición es correcta, pero de agrega a guisa de consecuencia una explicación que hace errónea la definición, "de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que le cause éste..." No es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si hay ganancias o pérdidas; lo que se sabe de antemano es la cuantía de la prestación que cada suerte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato , por ejemplo, el tipo de contrato es la compraventa porque en el momento de celebrarse, cada parte sabe exactamente qué debe entregar, pero el problema económico de saber si hubo ganancia o pérdida en una compraventa, es un problema complejo que depende de infinidad de circunstancias posteriores.

En el contrato aleatorio la prestación no está determinada y por ello es aleatoria, y no porque sepa o ignore si había ganancia o pérdida. Por ejemplo, se celebra un contrato de seguro contra incendio y no sabe el asegurado durante que tiempo estará pagando la prima, porque dependerá de un acontecimiento futuro e incierto (el incendio) el que cese de pagar la prima y obtenga el pago del seguro.

A su vez la Compañía Aseguradora no puede saber cual es el monto de su obligación, porque puede no tener ninguna obligación, si no se realiza el incendio, y puede tener una obligación de cuantía si el incendio se presenta, y para la Compañía Aseguradora según las estadísticas no hay jamás pérdidas si el negocio se lleva debidamente por que según los cálculos que tienen los hechos, las pérdidas que pudieran tener en determinados contratos quedan compensadas ampliamente con las ganancias que obtienen de la mayoría de los contratos de seguros.

"Aquí tenemos demostrado que la Compañía Aseguradora sabe, desde que se celebra el contrato, que obtendrá ganancias, no es un contrato aislado, sino en el conjunto de contratos y no obstante el contrato de seguros es aleatorio desde el punto de vista jurídico para la Compañía y para el asegurado".

IV.- Contratos Reales y Consensuales: para la formación y creación de los contratos reales no basta el consentimiento, sino que para su perfección se requiere la entrega de la cosa, a diferencia de los consensuales que basta el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento; como ejemplo de los primeros tenemos el contrato de la prenda que desde el Derecho Romano así se le ha clasificado, en cuanto a los segundos podemos citar a todos los que reglamentan nuestro Código, ya que no existe para su perfección la entrega de la cosa, basta únicamente con el consentimiento.

V.- Los Contratos Formales y Consensuales: Atendiendo ya no a los requisitos de su constitución, sino a la forma que deben revestir, se dividen en formales y consensuales. A los primeros la ley les exige determinada formalidad para que sean válidos, ejemplos de éstos es el contrato de arrendamiento; para que dichos contratos sean válidos deben revestir la forma escrita, si la renta anual excede de \$100.00 mexicanos, se deberá otorgar por escrito privado y tratándose de fincas rústicas, cuya renta pase de \$5,000.00, se otorgará en escritura pública, art. 2407 C. C. Los consensuales, son aquellos para los que la ley no exige ningún requisito de forma para su existencia o validez, basta con que el consentimiento se otorgue por las partes, ya sea éste verbal, tácito, etc.

VI.- Contratos Principales y Accesorios o de Garantía: los primeros como su nombre lo indica existen por sí mismos y los segundos necesitan para existir, de la existencia y validez del principal, de ahí su principal atributo el de ser accesorios; como por ejemplo de los primeros, podemos citar la compraventa y de los segundos si la garantía es personal, estaremos frente al contrato de fianza y si esta garantía es real estaremos ante los contratos de prenda o de hipoteca.

VII.- Por último tenemos los contratos instantáneos y de trato sucesivo, los primeros son aquellos que se realizan inmediatamente, es decir, se cumple en un solo acto las prestaciones señaladas en el contrato; como ejemplo de éstos citaremos el de compraventa al contado. El contrato de trato sucesivo es aquél en el que las estipulaciones señaladas en el contrato se cumplen periódicamente, cada cierto tiempo; como ejemplo de éstos podemos citar el arrendamiento.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA.

Toca hablar de las clasificaciones del contrato de garantía personal, lo que podemos enmarcar en el siguiente orden:

Es un contrato accesorio, unilateral (excepcionalmente bilateral), gratuito por regla general (puede ser oneroso), conmutativo, aleatorio en caso de ser oneroso, instantáneo o de tracto sucesivo, y por último en consensual, tanto en posición a real como a formal.

Es accesorio en virtud de su existencia depende de un contrato u obligación principal, a la cual garantiza y de que ese contrato u obligación sean válidos.

El atributo señalado reviste gran importancia en este contrato, debido que de él desprenden varias consecuencias, citaremos las siguientes:

I.- La obligación del fiador no puede exceder los límites de la obligación principal, es decir, en caso de exceso en la cuantía o de condiciones más onerosas, éstas se reducen a los límites de la obligación principal.

II.- En cambio sí puede obligarse a menos, ya sea en la cuantía como en lo oneroso de las condiciones.

III.- Para que la fianza pueda existir debe recaer en una obligación existente, como consecuencia, si la obligación principal carece de uno de todos los elementos esenciales, el contrato de fianza por su carácter accesorio, será inexistente ya que el objeto de la fianza es garantizar una obligación principal, existente y válida.

El artículo 1794 de nuestro Código Civil vigente, dice " para la existencia del contrato se requiere:

- 1.- Consentimiento.
- 2.- Objeto que puede ser materia de contrato".

Del citado artículo se desprende que si el contrato que garantiza la fianza, le falta alguno o todos sus elementos esenciales, el contrato será inexistente.

Lo expuesto con anterioridad es acorde con la teoría de Julien Bonnecase, misma que sirvió de base a nuestro Código Civil Vigente. El maestro Manuel Borja Soriano, en su obra nos indica: "nosotros diremos que un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente específicos. Estos elementos son de dos clases, elementos de orden psicológico y elementos de orden material... en la base de este acto se encuentra, en efecto, 1.-na manifestación de voluntad; 2.- Un objeto; 3.- Según las cosas un elemento formalista. El primero de estos elementos es psicológico; los otros dos son materiales. Que uno de estos elementos falte, el acto será inexistente puesto que está desposeído de un elemento orgánico o específico... Ponemos como regla exclusiva de toda excepción, que el acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico, ningún efecto cualquiera que sea... Todo interesado cualquiera que sea, tiene derecho de prevalerse de la existencia de un acto jurídico. Por otra parte no tiene que preocuparse de llevar este acto ante los tribunales para obtener de cualquier manera su condenación; no se condena a nada... Si, eventualmente, el acto jurídico inexistente se invoca en juicio, el tribunal no puede sino registrar su inexistencia".

El artículo 2224 de nuestro Código Civil Vigente nos señala cuando es inexistente un acto jurídico y dice: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción su existencia puede invocarse por todo interesado".

Por lo anotado se deduce, que son actos inexistentes aquellos a los que les falta el consentimiento o el objeto que pueda ser materia del contrato.

Algunos autores señalan, que la nulidad absoluta de la obligación principal, trae como consecuencia la nulidad absoluta del contrato de fianza basándose en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, característica del contrato en mención. Sin embargo no estoy de acuerdo con esta tesis en virtud de que la obligación accesoria también nace de un contrato y como consecuencia de ello también para poder existir, necesariamente deben contar con sus elementos esenciales y sus elementos de validez.

El contrato de garantía personal es accesorio, porque para poder existir depende de la existencia y de la validez del contrato que garantiza.

El objeto del contrato de fianza es garantizar una obligación principal, existente y válida, luego si ésta no existe o está vaciada de nulidad, no podrá ser materia del objeto del contrato de fianza y como consecuencia el contrato accesorio es inexistente y no nulo.

A mayor abundamiento, el primer párrafo del artículo 2797 lo corrobora: "La fianza no puede existir sin una obligación válida"..."

Los tratadistas que sostienen que el contrato de fianza es nulo lo sea el contrato principal que garantiza, aplicando el principio de accesoriedad, han olvidado tomar en cuenta la naturaleza misma del contrato garantizado y en segundo lugar, los elementos propios del contrato de garantía personal, fianza civil.

Por lo que vuelvo a insistir, el objeto del contrato de fianza es garantizar una obligación principal, existente y válida, y que para su propia existencia se requiere de un objeto que pueda ser materia de él, de lo cual, lógicamente se interfiere la inexistencia de la fianza por falta de objeto en el cual deba recaer, en caso de que la obligación garantizada esté afectada de inexistencia o de nulidad.

El distinguido autor español José Castan Tobeñas opina en igual forma respecto al problema que venimos desarrollando dice:

“Son elementos que caracterizan a la fianza”: 1.- La accesoriedad de la obligación, ya que como los demás contratos de garantía, el de la fianza no se puede concebir sino condicionado por la existencia de una obligación principal. De aquí que sea necesario: primero, que la obligación principal exista y segundo, que sea válida” y sigue explicando lo que se precisa es que la obligación principal sea válida, ya que la eficacia de la fianza depende de la fuerza civil de la obligación garantizada por ella”.

Creemos que ésta es la correcta aplicación del principio de accesoriedad, pues no se olvida el elemento de existencia del contrato, sino que con base en el que se concluye.

Por lo expuesto anteriormente., terminamos afirmando que es un error, el pretender que un contrato el cual le falta uno de sus elementos esenciales para su existencia, se le declare nulo y no inexistente.

El segundo párrafo del artículo 2797, señala la excepción de la regla general estudiada y ésta se encuentra debidamente fundada en la técnica propia de la nulidad relativa y por el carácter accesorio del contrato de fianza.

El citado párrafo dice: “puede, no obstante recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado”.

El Código al tratar de las nulidades relativas en su artículo 2030 dice: “La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.

El artículo 2812 del C. C. V. Confirma lo anterior y al efecto dice: "El fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor.

De los artículos transcrito se deduce, que el fiador no puede oponer estas clases de nulidades cuando no las sufre él mismo.

IV.- La cesión de un crédito comprenden la de todos los derechos accesorios, prenda, hipoteca y fianza, es otra de las consecuencias que se derivan del carácter accesorio.

V.- En caso de subrogación de un contrato que esté garantizado con fianza, se transfiere al acreedor este derecho.

VI.- Otro efecto de este atributo lo encontramos también en la prescripción, cuando se interrumpe en la obligación principal, consecuentemente se interrumpe en la fianza.

VII.- Una consecuencia más que se deriva del carácter accesorio en la fianza, son los dos beneficios que se conceden al fiador el de orden y el de excusión, mismos que nuestra legislación distingue y separa.

El artículo 2814 de nuestro ordenamiento civil nos define el beneficio de orden: "El fiador no puede ser sometido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor...".

El artículo 2815 nos dice qué debemos entender por beneficio de excusión: "La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto...".

VIII.- Sobre la extinción de la fianza también tiene importancia el carácter accesorio, ya que extinguida la obligación principal que garantiza el contrato de fianza, produce indirectamente la extinción de la fianza.

Dentro de las clasificaciones generales de los contratos, la fianza es un contrato unilateral, ya que de ésta nacen obligaciones para una de las partes (fiador), éste es quien se obliga por medio del contrato de fianza a pagar, en caso de que el deudor principal no cumpla. Sin embargo el contrato de fianza puede ser excepcionalmente bilateral, en caso de que el acreedor se obligue con el fiador a pagarle determinada cantidad por concepto de primas o renumeración, pues nacen del contrato derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes.

Es gratuita por regla general, ya que sólo una de las partes se obliga en provecho de otra, es decir en este contrato no existe retribución, pero se da el caso de que este contrato gratuito, se vuelve oneroso, cuando el acreedor retribuye al fiador; como consecuencia de la retribución del contrato se convierte en oneroso y nacen gravámenes y provechos para ambas partes contratantes.

Conforme al artículo 1838, el contrato es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, y es aleatorio, cuando las prestaciones debidas depende de un acontecimiento incierto. Esta clasificación se formula como una subdivisión de los contratos oneroso (ya estudiados). Desde el punto de vista estricto en que se coloca el Código, sólo puede plantearse la cuestión relativa al carácter oneroso, debido a que se estipulen provechos y gravámenes recíprocos.

Cuando el acreedor paga al fiador por virtud del contrato mismo, una cantidad a título de compensación, el contrato entonces tiene el carácter aleatorio, conforme al artículo 1838 pues la obligación del fiador depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que este acontecimiento se realiza.

El acontecimiento incierto del cual depende la obligación del fiador, será el hecho relativo al incumplimiento de la obligación principal. Si el Deudor cumple, el fiador habrá obtenido una ganancia, ya que recibió una prima por el riesgo de pagar si el deudor no lo hacía. Por el contrario si la obligación

principal no es satisfecha, el fiador la pagará, sufriendo una pérdida, toda vez que es lógico suponer que la prima será siempre inferior a la deuda, pues de lo contrario carecería de objeto la fianza.

La fianza puede ser instantánea o de tracto sucesivo; son las primeras, las que se realizan inmediatamente, es decir, si se cumple en su solo acto las prestaciones señaladas en el contrato principal al cual garantiza. Es de tracto sucesivo, cuando las estipulaciones señaladas en el contrato principal, se cumplen periódicamente, cada cierto tiempo.

La fianza es consensual en oposición a formal y real y para su perfeccionamiento basta con el solo acuerdo de voluntades, y no exigiéndose, por regla, forma alguna; la excepción a la regla son aquellas a las que por ley les impone el requisito de formalidad, como por ejemplo de ellas tenemos las otorgadas en póliza, la legal y la judicial.

3.4. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA.

La fianza para poder existir, requiere de varios elementos esenciales que a continuación se enumeran:

- a).- Consentimiento.
- b).- Objeto.

El Maestro Rafael Rojina Villegas nos señala en especial para este contrato un tercer requisito, que él considera esencial para la existencia del contrato de fianza.

- c).- "Existencia de la Obligación Principal".

a).- El primer elemento es de vital importancia, consecuentemente necesitamos saber cuales son las partes en el contrato de garantía personal, mismas que intervienen en su formación y omiten este elemento de existencia , el acuerdo de voluntades. Las partes que intervienen en la celebración de este contrato con el fiador y el acreedor, el primero manifiesta su voluntad de pagar en caso de que el deudor principal no lo haga.

No se necesita el consentimiento del deudor, éste no es parte en el contacto de fianza, pues éste se puede con su consentimiento, ignorándolo aún contra su propia voluntad. Sin embargo a pesar de no ser parte en el contrato de fianza, del mismo se derivan varios efectos que en su oportunidad estudiaremos.

b).- El segundo elemento esencial de todo contrato, es el objeto que tiene como fin crear y transmitir derecho y obligaciones; el objeto del contrato de fianza, el objeto directo consiste en la creación de la obligación en el fiador, de hacer el pago al acreedor, en caso de que el deudor no cumpla. El objeto

indirecto de contrato de fianza es la prestación cuyo pago deberá hacer el fiador.

El Código Civil vigente define el objeto del contrato en general, diciendo que "son objeto de los contratos:

- 1.- La cosa que el obligado debe dar.
- 2.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer" artículo... 1824. (28).

c).- El tercer elemento que señala el Maestro Rojina Villegas en su obra, es el de existencia de la obligación principal, yo en lo particular añadido, y la validez de dicha obligación; ahora bien dice el maestro: "este principio no queda desmentido por la posibilidad legal de afianzar obligaciones futuras, ya que la existencia misma de la fianza dependerá de la realización de esas obligaciones. Lo mismo debe decirse cuando la obligación principal depende de una condición suspensiva, pues la fianza también queda subordinada a dicha modalidad" (29).

Considero igual que el maestro citado, que la existencia de ese contrato o de la obligación principal, así como su validez, es un requisito esencial para la formación del contrato de fianza y para todos los contratos de garantía que regula nuestro Código vigente; dejamos señalado que el contrato de fianza es accesorio (atributo principal), que para su existencia necesita de la existencia de un contrato u obligación principal y que de esa característica se derivan infinidad de consecuencia. La Existencia de la obligación principal, en los contratos de garantía, constituye un elemento esencial de naturaleza específica.

Como consecuencia de lo expuesto den estos puntos, la falta de uno de estos elementos ocasiona la inexistencia del contrato accesorio de la fianza civil.

(28) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

(29) ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil Mexicano, México, 1968.p. 461

Toca ahora en turno desarrollar el estudio de los elementos de validez del contrato de fianza y que son los siguientes:

I).- La capacidad legal de las partes.

II).- La ausencia de vicio del consentimiento.

III).- La licitud del objeto, motivo o fin del contrato.

IV).- La forma que debe revestir.

I).- La capacidad es uno de los principales atributos de la persona; en Derecho la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. La capacidad es la necesaria en el contrato para que éste no se nulifique, es decir, la incapacidad es causal de invalidez en los contratos, nada más que esta invalidez se diferencia de los elementos esenciales en que éstos producen la inexistencia de los mismos y la incapacidad la nulidad del acto.

La capacidad es la aptitud que tienen las personas de ser titulares de derechos y obligaciones y el poder ejercitarlos, de lo anteriores desprende que hay capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce se le reconoce a toda persona, por el hecho de serlo, ya que si no fuera así se convertiría a la persona en cosa. Ahora bien, la capacidad de ejercicio se puede restringir, es decir, se puede ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y estar imposibilitado jurídicamente para ejercer dichos derechos, ejemplos: el menor de edad, el enajenado mental. La capacidad de goce, únicamente se puede restringir parcialmente, ejemplo: el extranjero en México no puede adquirir bienes inmuebles en la zona prohibida del territorio de la República.

Por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio, ésta puede ser restringida total o parcialmente, por ejemplo de la primera situación serían los sujetos a interdicción por locura, ejemplo de los segundos, el menor de edad emancipado.

Es la capacidad de ejercicio, ya sea parcial o total, la que constituye el elemento de validez en los contratos, pues si fuera incapacidad de goce,

daría por resultado la inexistencia del contrato, consecuentemente existiría una imposibilidad de realizarlo.

En el contrato de fianza se aplica el principio general reglamentado por nuestro Código vigente, sin embargo se presenta unos casos de incapacidad en este contrato:

1.- Incapacidad de la esposa.- Art. 175 del C: C. vigente.

"También se requiere autorización judicial para que la mujer sea fiadora de su marido o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean del interés exclusivo de éste".

La autorización en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, no se concederá cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses de la mujer.

Esta no necesita autorización judicial para otorgar fianza a sin de que su esposo obtenga la libertad.

2.- Incapacidad para los menores emancipados; el artículo 173 del mismo ordenamiento dice: "El marido o la mujer menores de edad, tendrán la administración de sus bienes en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales".

Sabemos que la fianza es creadora de obligación de dar, hacer o no hacer, pues bien, en el caso de que el fiador se haya obligado, siendo emancipado, a transmitir el dominio de un inmueble de su pertenencia la obligación que el deudor hubiere contraído, de transmitir otro inmueble equivalente.

Aplicando el artículo citado, el menor emancipado no tiene capacidad para constituir dicha fianza (30).

II.- Otro de los elementos de invalidez de los contratos lo encontramos en los vicios del consentimiento; éstos pueden ser: error, dolo, violencia o lesión. El contrato de fianza atacado por cualquiera de estos vicios adolece de nulidad relativa, por lo tanto puede ser impugnado por el fiador, si sufrió cualquiera de estos vicios, oponiendo la acción o excepción de nulidad relativa.

Respecto de la lesión, el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice: que si un deudor principal ha sufrido este vicio, el fiador de él en ese contrato no puede oponer las excepciones respectivas, y nos cita el artículo 2230 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que a la letra dice: "la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, solo puede invocarse por el ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz

III.- Ilícitud en el objeto, motivo o fin del contrato: siendo ilícito el objeto, fin o motivo, del contrato principal, la fianza como contrato accesorio, también sufrirá esos vicios, consecuentemente la nulidad que afecta al principal, afecta lo accesorio.

Puede a su vez el contrato de fianza estar afectado por uno de esos vicios, es decir, puede la obligación principal ser válida y la fianza contener una obligación ilícita, ya sea en el objeto, motivo o fin del contrato.

IV.- Por lo que respecta a la forma del contrato de fianza, al hacer la clasificación del mismo, estudiaremos este elemento de validez, por lo que no lo estudiaremos de nuevo

(30) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

3.5. ESPECIES DE FIANZAS.

Atendiendo diversos puntos de vista podemos distinguir diversas especies del contrato de garantía personal, las cuales citamos a continuación:

- a).- Podemos clasificar la fianza en convencional, legal o judicial.
- b).- En gratuitas y onerosas.
- c).- Desde el punto de vista de sus efectos, se puede clasificar en simples y solidarias.
- ch).- Si tomamos en cuenta el cuerpo de las leyes que la regulan, en civiles y mercantiles o de empresa.

a).- Nuestro Código Civil vigente, enuncia los dos primeros grupos en su artículo 2795 y que dice: "la fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso" (31)

La fianza convencional es la más común, la cual sólo requiere el consentimiento de las partes para su formación.

La fianza legal debe otorgarse por ministerio de ley por un imperativo categórico.

La fianza judicial es aquella que para su creación depende exclusivamente del arbitrio judicial, es decir, de su imposición por los tribunales.

El artículo 2850 del ordenamiento antes citado, así lo entiende y dice: "el fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial".

Algunos autores y entre ellos el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice que únicamente existen fianzas legales, ya que en nuestro sistema jurídico el juez sólo podrá ordenar se otorgue una fianza por providencia judicial

(31) Idem.

cuando así lo establece la ley; sin ley, el juez no podrá obligar a los litigantes a afianzar.

Como por ejemplo de fianza legal tenemos los siguientes:

Artículo 434 del Código Civil vigente dice: "el usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, llevan consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además a la impuesta a los usufructuarios con excepción de la obligación de dar fianza fuera de los casos siguientes:

1.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

2.- Cuando contraigan ulteriores nupcias.

3.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

4.- La que ordena el artículo 1006 de nuestro Código Civil vigente, y que le impone al usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, obligación de prestar fianza para garantizar el buen uso y restitución de los bienes dados en usufructo.

Como ejemplo de fianzas judiciales tenemos los siguientes:

Cuando se solicita una providencia precautoria de secuestro provisional sin presentar título ejecutivo en el que se funde petición, la ley exige al solicitante otorgar fianza para responder de los daños y perjuicios que ocasionaren al demandado, artículo 244 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

También si el demandado consigna el valor, si dá fianza bastante a juicio del juez, no se llevará a cabo la providencia precautoria, o se levantará la que se hubiere dictado, artículo 245 del mismo ordenamiento procesal invocado. La

que se debe otorgar en el juicio de amparo, para la suspensión del acto reclamado, de acuerdo con el artículo 125 de la Ley Orgánica de los Arts. 103 y 107 Constitucional esta fianza se otorga ante el Juez de Distrito, cuando es un amparo indirecto, de lo contrario ante la autoridad responsable.

La que señala la Constitución en su artículo 20 a efecto de que el acusado obtenga su libertad, mismo artículo que se encuentra reglamentado en los artículos del 566 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

La fianza consensual se distingue también de la legal y judicial, en que éstas últimas el fiador no puede oponer el beneficio de excusión.

Artículo 2855 del Código Civil vigente: "el fiador legal o judicial no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal, ni los que fian a esos fiadores, pueden pedir la excusión de éstos, así como tampoco la de deudor".

Nuestro derecho positivo exige un determinado número de requisitos para el otorgamiento de la fianza legal y judicial.

I.- El fiador legal o judicial deberá tener bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

II.- Dichos bienes deberán tener un valor que garantice suficientemente la obligaciones que contraiga.

III.- Cuando la cuantía de la obligación, que se garantiza sea menor de \$1,000.00, no se exigirá el requisito asentado en el número I.

IV.- La fianza podrá substituirse con garantía real, como prenda o hipoteca.

V.- El fiador para ser aceptado deberá presentar certificado expedido por el Registro Público de la Propiedad, de que tiene bienes suficientes para garantizar la obligación (artículos 2859 al 2851). (32)

Estos requisitos nacen de una forma importante que se hizo al Código de 1884, pues en éste se exigía:

- 1.- Capacidad para obligarse.
- 2.- Que los bienes estuvieran libres de todo gravamen.
- 3.- Estar situados en el lugar en que debería hacerse el pago (artículos 1722 del Código Civil de 1884).

Analizando los ordenamientos antes citados, salta a la vista el beneficio de la reforma, ya que una persona con bienes raíces gravados, puede ser fiador, siempre y cuando el valor de los inmuebles alcance para garantizar esa obligación.

Sin embargo, dicha reforma trajo una nueva modalidad a la fianza judicial, legal, la cual ha suscitado algunas polémicas en los estudios del Derecho, los artículos 2852, 2853 y 2854 que se transcriben, la señalan:

"La persona ante quien se otorga la fianza, dentro del término de tres días dará aviso del otorgamiento al Registro Público, para que al margen de la inscripción de propiedad correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del fiador, se ponga nota relativa al otorgamiento de la fianza.

Extinguida ésta, dentro del mismo término de tres días, se dará aviso al Registro Público para que haga la cancelación de la nota marginal.

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

(32) Idem.

"En los certificados de gravámenes que se expidan en el Registro Público se harán figurar las notas marginales de que habla el artículo anterior".

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

El maestro Rafael Rojina Villegas, resuelve el problema de la siguiente manera: "no obstante que el artículo 2853 dispone que los certificados de gravámenes que se expidan por el Registro Público, se harán constar las citadas notas marginales, la fianza así registrada no constituye un gravamen real, que pase al adquirente de los bienes en los casos de enajenación. El único efecto que se persigue el artículo 2854 es el de que si el fiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad tengan las notas marginales relativas a la fianza y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquella se presumirá fraudulenta; es decir, se agrega una presunción más de fraude en los casos de la acción pauliana, en relación son las prescritas por el artículo 2179 del Código Civil, conforme al cual se presumen fraudulentamente las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiera pronunciado sentencia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudiquen los derechos de sus acreedores.

A través de las citadas presunciones de fraude, se evita la difícil prueba de la mala fe, por lo que toca a deudor enajenante y tercero, requerido por el artículo 2164, para que prospere la acción pauliana en contra del acto a título oneroso del cual resulte la insolvencia del deudor. Conforme al artículo 2166m dicha mala fe consiste en el conocimiento del déficit patrimonial, después de haber estimado en su justo precio los bienes y créditos del deudor, cuando no igualan al importe de sus deudas".

Esta dificultad de interpretación nació a resulta de lo asentado en la Exposición de Motivos, por la comisión encargada de la elaboración del

proyecto del Código, en el Libro Cuarto referente al contrato de fianza legal y judicial y que a la letra dice:

"A fin de que la fianzas legales o judiciales fueren eficaces, se dispuso que los bienes raíces especialmente señalados para responder de las obligaciones de esta clase de fiadores, no pueden enajenarse, ni gravarse mientras que la fianza subsista, y para ese efecto se dispuso que la fianza y su cancelación se tomara razón al margen de las inscripciones de la propiedad de los bienes designados para garantizarla".

La comisión redactora, quería al proponer esta reforma, evitar todos los males que hasta entonces se habían suscitado en materia de fianza legal y judicial y de los cuales enunciaremos los siguientes:

I).- algunas personas que tenían bienes inmuebles, se presentaban como fiadores en distintos juicios y negocios, ante tribunales diversos, acreditando su solvencia con el mismo título de propiedad, solvencia que realmente no existía en virtud de haber superado el valor de sus bienes con las obligaciones afianzadas.

II).- La fianza es una garantía personal y en el Código Civil de 1884 no se exigía la anotación requerida por el ordenamiento vigente, únicamente se demandaba la solvencia del fiador, sin embargo fue frecuente el caso de que el obligado por la fianza una vez hecho el otorgamiento antes de que se cumpliera la condición de exigibilidad, enajenada o gravaba sus bienes, quedando de esta manera en condiciones de insolvencia.

La medida propuesta por la Comisión Redactora del proyecto del Código, no se llevó a efecto, pues de lo contrario la fianza legal o judicial se hubiese convertido no sólo en una garantía real, sino que hubiese excedido a éste como lo señala muy atinadamente el maestro Rafael Rojina Villegas. "Esta medida extrema de seguridad no fue adoptada en el Código Civil vigente, y en nuestro concepto con fundada razón, pues de esta suerte la fianza legal o judicial se convertiría no sólo en una garantía real, como es la prenda o

hipoteca, sino que excedería a éstas, al prohibirse que el fiador enajenara o gravara los bienes respectivos, prohibiciones que en la hipoteca se consideran nulas y contrarias al desarrollo del crédito. Ante garantías de tan extraña naturaleza, el fiador quedaría colocado en condiciones de sufrir un gravamen y un perjuicio en su crédito y libre desarrollo de sus actividades civiles o mercantiles, mayor que aquél que origina el gravamen hipotecario".

De cualquier manera con la reforma que se hizo, se puso coto a las inmoralidades que se venían cometiendo anteriormente ya que con la anotación marginal que se hace, se resuelve el problema de que una persona se preste a garantizar diversas obligaciones, sobrepasando al monto de éstas la solvencia del fiador.

También estos requisitos sirvieron de antecedentes al artículo 2854 ya citado mismo que vino a reglamentar el inconveniente apuntando anteriormente, respecto a las enajenaciones o gravámenes que hacían los fiadores con el único propósito de quedar insolventes.

Son éstas algunas de las razones que tuvieron en mente los autores del Código Civil y no la de convertir la garantía personal fianza civil, en garantía real y al efecto el maestro Rafael Rojina Villegas, dice:

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

El autor antes citado propone como solución al problema estudiado, que para que la garantía sea eficaz, se constituya en prenda o hipoteca y también señala que se puede lograr dicha garantía por medio de fianza extendida por una Compañía de fianzas, legalmente autorizada.

b).- Anteriormente al estudiar el contrato de fianza, enmarcándolo dentro de la clasificación general de los contratos, vimos lo relativo a la fianza gratuita y dijimos sobre ella que era la generalidad dentro de la fianza civil, en ella

sólo una de las partes reporta los gravámenes, la fianza onerosa es excepcional en materia civil, y la generalidad en materia mercantil o fianza de empresa, en ella se reportan gravámenes y provechos en ambas partes contratantes.

c).- En simples y solidarias:

Se caracterizan las primeras en que ellas, el fiador tiene derecho a los beneficios otorgados por la ley.

1.- Los de orden y excusión, y

2.- El de división.

Los segundos carecen de esos beneficios.

ch).- Por último tenemos la fianza civil y la mercantil o de empresa.

El artículo 2811 del Código Civil vigente, nos da la característica de fianza civil y dice: "quedan sujetas a las disposiciones de este 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".

El precepto citado nos da la característica de la fianza civil.

I.- Las que se otorgan por individuos o Compañías que accidentalmente ejecuten tales actos.

II.- Las que no se extiendan en forma de póliza.

III.- Las que no se anuncian públicamente por la Prensa o por cualquier otro medio, y

IV.- En las que no se empleen agentes que las ofrezcan.

El Código Civil vigente, exige los cuatro requisitos para que el contrato de fianza sea reglamentado por él.

Se entiende a contrario-sensu, que las que no tengan dichas características no serán civiles, y de acuerdo con los ordenamientos existentes que regulan y reglamentan a las Compañías de fianzas, las garantías que éstas otorgan justamente tiene las características excluyentes del artículo citado.

Los artículos transitorios 1º.y 2º de la Ley de Instituciones de Fianzas de 31 de diciembre de 1942, derogados por la Ley de 26 de diciembre de 1950, señalaban en qué casos la fianza tenía carácter mercantil.

I.- Las que se otorgan a título oneroso, salvo que se celebren por persona o instituciones que no constituyan una institución de fianzas o una de crédito.

II.- Las que se otorguen por instituciones de fianzas o de crédito autorizadas legalmente.

La actual Ley de Instituciones de Fianzas, define la naturaleza jurídica de la fianza que conceden dichas instituciones en su artículo 12 que a la letra dice " las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebran las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sean como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadores u obligados solidarios, excepción hecha de la garanhipotecaria.

Por último las que garanticen algunas de las obligaciones derivadas de los actos enumerados por el artículo 75 del Código de Comercio vigente en relación con el artículo 4º. Del mismo ordenamiento mercantil".

CAPÍTULO IV
“EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA FIANZA”

CAPÍTULO IV

EFFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA FIANZA

4.1. EFECTO DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

- a). BENEFICIOS DE ORDEN Y DE EXCUSIÓN**
- b). BENEFICIO DE DIVISIÓN**
- c). BENEFICIO DE Oponer EXCEPCIONES**

4.2. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

- a). CUANDO EL FIADOR HA PAGADO LA DEUDA**
- b). CUANDO EL FIADOR NO HA PAGADO LA DEUDA**

4.3. EFECTOS ENTRE COFIADORES

4.4. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

- a). POR VÍA DE CONSECUENCIA**
- b). POR VÍA DIRECTA**
- c). POR CAUSAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE FIANZA**

4.5. PROPUESTA

Es interesante señalar qué efectos jurídicos produce la fianza civil y entre quiénes nacen estos efectos; ante esta interrogante conviene saber quiénes son partes en dicho contrato.

Al estudiar la definición del contrato civil, aceptamos la que da el maestro Rafael Rojina Villegas y que al efecto dice: "La fianza es un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace"

De esta definición citada, se desprende que únicamente son partes en el contrato de fianza el fiador y el acreedor; ahora bien, el deudor en este contrato no es parte y podemos asegurar que no es parte, ya que el contrato de fianza se puede celebrar, con el consentimiento del deudor, ignorándolo y aún sin su consentimiento.

Sin embargo, por el contrato de fianza surgen relaciones que obligan al mismo deudor y que no pueden tener como base el contrato mismo de fianza, de ahí se presenta el problema de saber cuál es la fuente de tales obligaciones.

Al hacer el estudio que hicimos sobre los elementos esenciales del contrato de fianza, al hablar del objeto, señalamos que en el contrato de fianza, había el objeto directo, consistente en la creación de la obligación del fiador de hacer el pago al acreedor, en caso de que deudor no cumpla y el objeto indirecto es la prestación que deberá cumplir el fiador.

De lo dicho anteriormente se deduce que el efecto principal entre el fiador y acreedor es el pago de la deuda si el deudor no cumple.

4.1. EFECTO DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

Ya subrayamos que el efecto fundamental entre el acreedor y fiador, es el pago que éste tiene que hacer en caso de que el deudor no lo haga, pero esto no quiere decir que el acreedor no pueda requerir del pago al fiador, si antes no lo hace en los bienes del deudor, es decir si antes no demanda., al deudor principal y hace excusión en sus bienes; se entiende que este no es más que una consecuencia del carácter accesorio del contrato de fianza, y no se debe entender como una condición suspensiva y al efecto nos dice Planiol "solamente indica el carácter accesorio de la obligación del fiador" (33)

Resumiendo, dicha obligación de pagar es igual a la del deudor, tanto en cuantía como en condiciones, aunque puede ser menor.

a).- El fiador al ser requerido de pago por incumplimiento del deudor principal, no queda desamparado por la Ley; en este mismo trabajo, en la parte relativa a antecedentes históricos, veíamos que en un principio en el Derecho Romano, el fiador se obligaba solidariamente con el deudor principal, más tarde se libraron de estos principios tan rigurosos, creándose varios beneficios para éstos, beneficios que desde entonces se llaman, beneficios de orden y de excusión y beneficios de división.

En la actualidad los legisladores modernos han hecho suyos los beneficios citados, sin embargo, la garganta personal con estos beneficios citados, sin embargo, la garantía personal con estos beneficios, deja de ser la garantía eficaz que buscan acreedores y que por tal motivo actualmente esos beneficios son renunciables, por lo que muchos autores dicen que se ha vuelto al antiguo Derecho.

También en el antiguo Derecho Romano, el fiador que pagaba, tenía derecho a recuperar lo pagado, por medio de la llamada cesión de acciones, misma que al momento de pago oponía al acreedor; este beneficio como se le

(33) PLANIOL Y RIPERT. Derecho Civil 12ª. Editorial, Cajiga, Pue, p. 24

antiguamente, ha desaparecido de nuestro Derecho.

En algunas legislaciones como la francesa, los beneficios de orden y excusión, se encuentran íntimamente ligados, por eso varios autores, entre ellos Planiol, en su obra, al hablar de estos, únicamente se refiere al de excusión; nuestra legislación positiva sí los distingue y separa, en el artículo 2814 "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes".

El multicitado maestro Rafael Rojina Villegas define el beneficio de orden diciendo: "Consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador, sin haber demandado antes al deudor".

El artículo 2822 del Código Civil vigente, también hace la distinción al decir: "Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador, más éste conservará el beneficio de excusión, aún cuando se de sentencia contra los dos" (34)

El beneficio de excusión consiste en que el fiador no puede ser compelido a pagar mientras no se hayan aplicado todos los bienes del deudor al pago de la obligación.

El primer beneficio exige al acreedor demandar el pago primero del deudor, el segundo, el que se haya hecho excusión en los bienes del deudor y sólo que este sea insolvente o que no alcancen sus bienes al liquidar la obligación, podrá ejecutar en los bienes del fiador.

Ya se ha dicho que esto se debe al carácter accesorio del contrato de fianza, pero esto no quiere decir que sea una condición suspensiva, ya que el acreedor puede demandar tanto al deudor principal, como al fiador, conjuntamente o solamente al fiador, aunque este no haya hecho renuncia

(34) Código Civil para el Distrito Federal

expresa de los beneficios de orden y de excusión; en este caso la ley concede el beneficio y el fiador debe de oponerlo en el momento que se le requiera, sin embargo, la misma ley le impone ciertos requisitos para su ejercicio, motivados en consideraciones de orden y de justicia, ya que en algunas ocasiones ese beneficio implicaría perjuicios al acreedor, por ejemplo cuando el deudor no tenga bienes, esté en quiebra, etc.

El fiador al ser requerido de pago, debe oponer el beneficio de excusión, que implica el de orden tácitamente, señalar bienes del deudor en los cuales se haga la excusión, y por último asegurar los gastos que ocasione la excusión. Para satisfacer el segundo requisito, el fiador deberá señalar bienes que se encuentren situados dentro del distrito judicial que se tenga que satisfacer el pago, es decir en el lugar donde se deban cumplir las prestaciones afianzadas.

Estas condiciones que señala la ley, son en beneficio del acreedor, para que sin ningún tropiezo pueda obtener las prestaciones debidas.

El acreedor sin embargo puede exigir al fiador que haga uso del derecho de excusión y que señale bienes del deudor; por otra parte, el fiador puede señalar en cualquier momento bienes del deudor y oponer por consiguiente el beneficio de excusión, esto se presenta casi siempre cuando el deudor es insolvente al momento de requerirlo de pago al fiador y después por alguna causa se convierte en solvente.

Por último el fiador legal o judicial en nuestro Derecho positivo no goza de los beneficios de orden y excusión.

b).- tenemos además un tercer beneficio, pero este presupone la pluralidad de fiadores, siempre y cuando garanticen la misma deuda y al mismo deudor.

Es el llamado beneficio de división que consiste en que el acreedor solo puede demandar de los fiadores la parte proporcional que le corresponda. Nuestro Código Civil vigente, a diferencia de otras legislaciones no lo

presupone en el contrato de fianza, es necesario que conste expresamente que se concede dicho beneficio a los fiadores, es decir, nuestro código aplica en relación con los fiadores la regla de la solidaridad pasiva, los fiadores están considerados como deudores solidarios, salvo pacto en contrario, por los que responden cada uno ante el acreedor por toda la deuda.

El artículo 2827 del Código Civil vigente así lo establece y dice "si son varios los fiadores de un deudor, por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario, pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción debida están a las resueltas del juicio".

Del último párrafo del artículo citado "pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás...", se infiere que los fiadores entre sí pueden hacer uso del beneficio de división, mejor dicho, a los fiadores en sus relaciones, se les concede el beneficio de división, y el anterior artículo lo relacionamos con el 2837 del propio ordenamiento que dice: "Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos lo haya pagado, podrá reclamar de cada uno de los otros, la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

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

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

Nada más que este beneficio de división sólo funciona respecto de los fiadores entre sí. La solidaridad pasiva entre los cofiadores de una misma deuda y de un mismo deudor, se diferencia de la mancomunidad de deudores en materia de obligaciones, en que es ésta se divide la deuda en partes proporcionales, en que ésta se divide la deuda en partes proporcionales y en

la solidaridad que nos señala el comentado artículo 2827, cada cofiador responde por toda la deuda, y el beneficio de división que nos señala el artículo 2837, en relación con el citado anteriormente no se equipara a la mancomunidad de deudores, ya que este beneficio solamente hace la división proporcional entre los fiadores que resultan solventes al momento de requerimiento y a la denuncia que de el pleito les haga el fiador demandado.

El beneficio de orden y excusión, así como el de división entre fiadores, puede renunciarse.

c).- Por último, toca ahora señalar otro beneficio del fiador, mismo que se encuentra reglamentado en el artículo 2812 del Código Civil vigente, el cual consiste en que al ser requerido de pago el fiador puede oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal; tomando en consideración que todo lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es una consecuencia derivada de este principio. El maestro Rafael Rojina Villegas agrega las excepciones que corresponden directamente al contrato accesorio de fianza.

Son las primeras todas aquellas que causan la extinción de la obligación principal y las segundas, que competen únicamente al contrato accesorio.

Los efectos jurídicos que producen la fianza civil entre el fiador y acreedor, en nuestro derecho Positivo, Código de 1928, se encuentran consignados en los siguientes artículos:

El artículo 2812 dice: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor".

Este artículo no está completo, ya que el fiador puede oponer también aquellas que originen la extinción directa de la fianza.

Artículo 2813 dice: "La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de nulidad o rescisión de la obligación no impide que el fiador haga valer esas excepciones. El maestro Rafael Rojina Villegas al respecto dice en su obra: "El precepto anterior que lo tomamos del artículo 2022 del Código Civil Argentino, constituye en verdad, por lo que se refiere a prescripción, un caso especialísimo, por no decir contrario a las reglas mismas de esta institución. En efecto la prescripción se interrumpe, conforme al artículo 1168 fracción III, cuando el deudor reconoce expresamente, de palabra, por escrito o tácitamente, por hecho indudables, el derecho del acreedor. Además conforme al artículo 1141, puede renunciarse la prescripción ya ganada, pero no el derecho a prescribir para lo sucesivo, y de acuerdo con el artículo 1147: "La prescripción adquirida por el deudor principal, aprovecha siempre a sus fiadores", basta la razón de este precepto en lo siguiente: "En este caso como en todos los demás que comprende el precepto citado, el legislador ha querido tutelar o proteger a los fiadores, considerando de equidad que las renunciaciones que haga el deudor respecto a la causa de extinción de su deuda, sólo a él le perjudiquen, y de esta suerte pueden subsistir la obligación, extinguiéndose la fianza, por causa que debieron haber extinguido la deuda, (35).

Sin embargo, puede asentarse que si existe razón legal, en la cual está fundada el precepto que venimos comentando.

El artículo 2813 dice: "La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda...". El citado precepto hay que relacionarlo con el 1141 del mismo ordenamiento que dice: "Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho para prescribir para lo sucesivo". Según este artículo el deudor sólo puede

(35) ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p.487,488.

renunciar la prescripción ganada, luego entonces se desprende de este artículo, que la prescripción a que se refiere el artículo 2813, es a esa clase de prescripción, deuda que por prescripción ganada dejó de existir. Ahora bien el artículo 2797 nos indica que la fianza sólo podrá existir si garantiza a una obligación accesoria, en el caso concreto la deuda dejó de existir, como consecuencia del carácter accesorio del contrato de fianza que sigue la suerte de lo principal que también dejó de existir.

Consideramos que si está fundada y si puede el fiador oponer la excepción de prescripción y a mayor abundamiento, el artículo 1140 dice: "La prescripción negativa aprovecha a todos...", el artículo 1136 explica que debe entenderse por prescripción negativa "La liberación de obligación, por no exigirse su cumplimiento, se le llama prescripción negativa", y el artículo 1143 dice: "Los acreedores y todos los que tuvieron legítimo interés en que la prescripción subsista, pueden hacerla valer aunque el deudor o propietario hayan renunciado los derechos de esa virtud adquiridos", y el fiador tiene interés legítimo en que subsista la prescripción; por lo anterior expuesto, consideramos que si tiene congruencia el artículo comentado.

El artículo 2814, ya ha sido comentado anteriormente.

El artículo 2815: "La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto". Ya nos hemos referido a este efecto con anterioridad.

Sobre los artículos 2816 y 2817, no creemos hacer ningún comentario debido a la claridad de los mismos.

El artículo 2816: "La excusión no tendrá lugar:

I.- Cuando el fiador renunció expresamente a ella;

II.- En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor;

III.- Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República;

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

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

Artículo 2817 que dice: “Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

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

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

III.- Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión”.

Respecto a la fracción I del artículo citado, que establece que el fiador al ser requerido de pago debe oponer el beneficio, existe una excepción que anuncia el artículo siguiente:

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

Ya dijimos que este artículo es la excepción de la regla del a fracción I del artículo anteriormente citado, y tiene por objeto el no perjudicar al fiador, quien se obligó por un acto gratuito, generalmente.

El artículo 2819 dice: “El acreedor puede obligar al fiador a que haga la excusión en los bienes del deudor”.

Indica que el beneficio de excusión no sólo se ejercita como un derecho sino también es una obligación.

El artículo 2820 dice: "Si el fiador, voluntariamente u obligado por el acreedor, hace por sí mismo la excusión y pide plazo, el juez puede concederle el que crea convenientemente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación".

En este caso concreto, el legislador deja al prudente arbitrio del juez el dar un determinado plazo al fiador solicitante; se entiende desde luego que nadie mejor que el juzgador conoce las circunstancias que rodea el negocio y debido a su investidura se le confiere ese privilegio.

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

En este caso el acreedor es responsable ante el fiador debido a su negligencia y se le sanciona con dejar en libertad al fiador hasta la cantidad que importare los bienes señalados por el fiador para la excusión, de lo contrario el fiador reportará dicha carga, ya que no podría recuperar lo pagado por la insolvencia del deudor.

El artículo 2822 dice: "Cuando el fiador haya renunciado al beneficio del orden, pero no el de excusión el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador, más éste conservará el beneficio de excusión, aún cuando se dé sentencia contra los dos".

Este artículo ya lo hemos comentado al relacionarlo con el artículo 2814 que es el que define el beneficio de orden.

Es de gran importancia para el fiador, cuando se haya renunciado al beneficio de orden, si solamente se le demanda a él, a su vez deberá denunciar el pleito al deudor para que éste haga uso del derecho a que se refiere el artículo 2833.

El artículo 2833 dice: "Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador". Realmente el fiador le conviene denunciar el pleito para los efectos de que el deudor oponga excepciones y en caso de que el fiador pague debido a sentencia, pueda recuperar lo pagado; el deudor en este caso concreto no puede oponerle las excepciones que pudiera oponerle al acreedor.

El artículo 2824 dice: "El que fía al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal".

Se entiende el artículo citado, sin embargo el Código ni indica si el subfiador goza del beneficio de orden, entendemos que por analogía se le concede los mismos beneficios que al fiador.

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

Esta disposición no requiere comentario alguno.

El artículo 2826 dice: "La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el principal aprovecha, pero no perjudica al deudor principal".

Creemos innecesario comentar el precepto citado, en virtud de que esta disposición se explica por la distinción entre la relación acreedor-deudor y la relación acreedor-fiador.

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

Este ordenamiento presupone la solidaridad de los cofiadores entre si, es decir, cada uno responde de la totalidad de la deuda para con el acreedor y concede el beneficio de división entre los cofiadores, no oponible al acreedor; para que exista beneficio de división entre fiadores y acreedor debe pactarse, ya que así lo establece el artículo que venimos comentando.

La segunda parte de este artículo, regula las relaciones entre los cofiadores, indica la necesidad de fiador demandado, de hacer citar a los demás cofiadores, tiene efectos este párrafo en el derecho, para obtener el reembolso de lo pagado y para que los demás cofiadores, no le opongan las excepciones que pudieron haber opuesto al acreedor.

4.2 EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR.

Al hacer el estudio de las relaciones que nacen entre fiador y deudor, tenemos necesidad de observar la creación o formación del contrato de fianza; en la práctica muchas veces existe una relación contractual entre el deudor y el fiador, es decir, hay un acuerdo previo, el fiador consiente en garantizar por medio de fianza la obligación que va a contratar el deudor, sin embargo hay fianzas que constituyen ignorándolo o aún sin el consentimiento del deudor.

La explicación antes dada no satisface completamente el propósito señalado, ¿de dónde y por qué nacen estas obligaciones en el deudor?, es casi unánime la opinión de la doctrina, lo mismo que en las diversas legislaciones, de que esas obligaciones nacen del hecho positivo que consiste en el pago realizado por el fiador, debido al incumplimiento del deudor, y así lo establecen los artículos 2828 y 2829 de nuestro Código Civil vigente.

Haremos el estudio de los efectos que se producen entre el fiador y deudor atendiendo a dos momentos:

a).- Si el fiador ha pagado la deuda.

b).- El fiador no ha pagado la deuda.

c).- La doctrina señala una doble acción de reembolso para el fiador que efectuó el pago, por incumplimiento del deudor principal; una de ellas nace del contrato mismo de fianza, la otra, es la acción que pertenece al fiador por la subrogación.

Por medio de esta acción personal el fiador que haya pagado en defecto del deudor, puede reclamarle la suerte principal que comprende el importe de la deuda, más sus accesorios, pero en la medida de los que haya reembolsado.

Este criterio de ha seguido en virtud de que, no obstante el carácter gratuito de la fianza, no sería justo que el fiador viera disminuido su patrimonio sin esperanza de recuperar lo pagado.

La acción de subrogación consiste en que por el solo hecho del pago del fiador se subroga en todos los derechos que el acreedor tiene en contra del deudor; tiene esta citada acción, la ventaja de que el crédito le pasa con todas sus garantías, es decir, si tiene otra garantía más, como hipoteca, prenda, etc.

El maestro Rafael Rojina Villegas señala, en su obra, dos caminos para que el fiador sea reembolsado de lo pagado: la subrogación y el juicio ejecutivo, y al efecto dice que el fiador por medio de la subrogación, tendrá derecho al reembolso de la deuda principal, intereses gastos y a indemnización por daños y perjuicios; sin embargo indica que el fiador debió de haber dado aviso oportuno al deudor del requerimiento que se le haya hecho, o de lo contrario, éste podrá oponerle todas las excepciones que tuviere en contra del deudor.

Otras de las consecuencias de no dar aviso al deudor principal, es que si éste paga por su propia cuenta, el fiador que ha pagado no podrá repetir en su contra; tendrá que dirigirse en contra del acreedor para obtener reembolsos por pago de lo indebido.

Sigue diciendo el maestro citado, que también puede reembolsarse de lo pagado por medio de juicio ejecutivo, presentando copia certificada de la sentencia condenatoria y de la constancia de pago, que regularmente se hace por consignación de la suma respectiva ante el juez; dichos documentos tienen carácter de título ejecutivo.

Señala que en caso de que la fianza se haya otorgado en contra de la voluntad del deudor, éste se verá obligado a rembolsar al fiador, basándose en el sistema que se funda en prohibir todo enriquecimiento sin causa.

b).- El fiador aún antes de haber pagado dispone de ciertos derechos contra el deudor, ya sea para que el deudor asegure el pago o en su defecto para que lo releve de la fianza, y así lo establece nuestro Código Civil vigente en su artículo 2836, que a la letra dice:

"El fiador puede, aún antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo revele de la fianza;

I.- Si fue demandado judicialmente por el pago;

II.- Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;

III.- Si pretende ausentarse de la República;

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

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

La doctrina basa este derecho del fiador en razones de equidad, pues señala que el fiador es el único que reporta los gravámenes, y es de equidad evitarle un perjuicio en sus bienes.

Es necesario señalar que cuando el fiador se encuentra en el supuesto reglamentado por la ley de quedar liberado de sus obligaciones, es forzosamente necesario el consentimiento del acreedor, ya que él es parte en el contrato; según el maestro Rafael Rojina Villegas, esto casi nunca sucede, ya que el acreedor se puede negar a aceptar el nuevo fiador, o en su defecto no hay manera de coaccionar al deudor para que presente un nuevo fiador.(36).

(36) ROJINA VILLEGAS. Op. Cit., p.506

Nuestro Código Civil de 1928, reglamenta los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor en los siguientes artículos:

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

Señala este precepto el derecho que tiene el fiador para obtener el reembolso de lo pagado, por el incumplimiento del deudor principal. Creemos que dicha acción se deriva directamente del contrato de fianza a diferencia de la señalada por el artículo 2830. El precepto comentado ordena a su vez que si el fiador otorgó la fianza contra la voluntad del deudor, sólo podrá recuperar lo pagado si el pago hubiere beneficiado al deudor; el maestro Rafael Rojina Villegas dice que esta acción del deudor se funda en la prohibición de todo enriquecimiento sin causa.

El artículo 2829 dice: "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 estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor;
- III.- De los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago;
- IV.- De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor".

Este precepto no hace más que indicarnos en que consiste la indemnización que el deudor tendrá que pagar al fiador con motivo de su incumplimiento.

El artículo 2830 dice: "El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor".

Otra de las acciones a que tiene derecho el fiador por efectos del pago, es la que le señala este precepto.

Antiguamente en el Derecho Romano, se concedía al fiador la cesión de acciones, si lo pedía al momento del pago; en el Derecho Español de las Siete Partidas, sólo se concedía esta acción en caso de que el fiador pagase a nombre propio, también se le llamaba carta de lasto.

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

Este artículo se relaciona con el 2832 dice: "Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponer todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago".

El precepto citado indica la sanción que tiene el fiador, en el caso de que haya sido demandado por el acreedor y no le haya denunciado el juicio al deudor

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

Se entiende que si el fiador pagó sin avisar al deudor, y éste a su vez paga, la culpa recae en el fiador por lo mismo no podrá recurrir al deudor.

La acción de este artículo se deriva de lo dispuesto en el artículo 1882 que dice: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido", asimismo el artículo 1883 dice: "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y por error ha sido indebidamente pagado, se tiene obligación de restituirla".

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

Indica la excepción a la regla establecida por el artículo 2832 y establece ciertos requisitos para que el fiador no se le puedan oponer sino determinadas excepciones; lo ordenado por este precepto no beneficia al fiador si conociendo las excepciones no las opone.

El artículo 2835 dice: "si la deuda fuere a plazo o bajo condición, y el fiador la pagare antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible".

Este artículo sanciona al fiador que ha pagado antes del plazo o antes de que se realicen las condiciones impidiéndoles el reembolso de lo pagado hasta que la condición se realice o se venza el plazo, pues de lo contrario se le causaría un perjuicio al deudor quien ha contratado bajo estas modalidades.

Finalmente, el artículo 2836 concede el derecho al fiador de pedir al deudor que lo releve de la fianza o asegure el pago de la obligación afianzada, artículo que ya hemos comentado en párrafos anteriores a los cuales nos remitimos.

4.3. EFECTOS ENTRE COFIADORES

Ya hemos citado cada uno de los beneficios que nuestro Derecho positivo consagra, es el de división, que será oponible al acreedor sólo en el caso de que existan varios fiadores siempre y cuando haya un pacto expreso en el sentido de que aquél reclamará, en el caso de incumplimiento del deudor, la parte proporcional que corresponda a cada fiador, la cual puede ser igual o diferente, según se haya convenido. En este sentido se expresa el artículo 2827 al prevenir que el beneficio de división sólo funciona respecto del acreedor, existiendo convenio expreso al respecto y que de no haber mediado éste, cada uno de los fiadores responderá por la totalidad de la deuda, pero en el caso de que uno de ellos sea demandado, podrá hacer citar a los demás, para que se defiendan conjuntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio.

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

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

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

Este precepto está íntimamente ligado con el artículo 2827 y sobre todo en el último párrafo del mismo que indica y presupone el beneficio de división entre los cofiadores, y señala que el fiador demandado podrá hacer citar a los demás cofiadores y ello con el fin de que les pague el juicio. El fiador demandado, si quiere ejercitar el derecho establecido por la disposición que veníamos comentando, deberá haber denunciado el juicio a sus cofiadores

para que éstos no le pongan más excepciones que las inherentes a la obligación principal.

El artículo 2838 dice: "En el caso del artículo anterior, podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fuere puramente personal del mismo deudor o del fiador que hizo el pago".

Ya explicamos que el objeto del último párrafo del artículo 2827 es precisamente evitar lo señalado en este precepto.

El artículo 2839 dice: "El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores:

I.- Cuando se renuncia expresamente;

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

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

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

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

Este artículo se refiere al beneficio de división entre cofiadores ya que para que exista entre acreedor y fiador debe pactarse según lo establece el artículo 2827.

El artículo 2840 dice: "El fiador que pide beneficio de división, sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la

petición, y ni aún por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame”.

Este artículo tiene por principal objeto evitar que el fiador que invocó el beneficio se vea en peligro de responder por más de los que le corresponde, en caso de insolvencia de alguno o algunos de los cofiadores.

El artículo 2841 dice: “El que al fiar, en el caso de insolvencia de éste es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado”.

No requiere ningún comentario el precepto anterior, ya que está dado para el caso de insolvencia del fiador y en este caso se aplica las demás reglas de los fiadores.

4.4. EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Podemos señalar tres diversas clases de extinción de este contrato.

- a).- Por vía de consecuencia;
- b).- Por vía directa y
- c).- Por causas especiales del contrato de fianza.

a).- el contrato de fianza civil es un contrato accesorio, por lo mismo sigue la suerte de lo principal; luego entonces, si por alguna causa el contrato principal, se extingue, el contrato accesorio seguirá la misma suerte.

La fianza se extingue además por los medios ordinarios de extinción de las obligaciones: por compensación que pueda haber entre acreedores y deudores, por remisión de la deuda que haga el acreedor a favor del deudor, por confusión, etc.

Hay sin embargo, excepciones a esta regla y que pueden presentarse cuando el acreedor sea pagado por un tercero; ya sabemos que el pago de la deuda principal trae como consecuencia la extinción de la obligación y de la obligación accesorio, pero en el caso de que el pago fuese hecho por un tercero, la pregunta que puede hacerse es esta: ¿Se extingue la obligación del fiador?, para tratar de resolver dicho problema señalaremos dos supuestos:

- 1.- El tercero que paga se subroga en los derechos del acreedor.
- 2.- No se subroga en los derechos del acreedor.

1.- En el primer supuesto el tercero que paga se subroga en los derechos del acreedor; para saber en qué casos se da este supuesto, transcribiremos el artículo 2058 que dice: "La subrogación se verifica por ministerios de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

I.- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente:

II.- Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

III.- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;

IV.- Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición".

El artículo 2059 dice: "Cuando la deuda fuere pagada por el deudor, con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato".

Si el tercero que pagó al acreedor se encuentra dentro de alguna de las hipótesis señaladas en los artículos precedentes, el tercero por ministerio de la ley se subroga en todos los derechos del acreedor, quedando subsistente la obligación accesoria; he aquí la excepción a la regla.

También puede subrogarse el tercero por convenio expreso entre las partes; pero para que subsista la obligación accesoria es requisito esencial el consentimiento del fiador.

2.- El segundo supuesto que señalamos, en que el tercero no se subroga en los derechos del acreedor, para explicar esta situación transcribiremos los siguientes artículos de nuestro Código Civil vigente:

Artículo 2065.- "El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación".

Artículo 2066.- "puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor".

Artículo 2067.- "Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor".

Artículo 2068.- "Puede, por último, hacerse contra la voluntad del deudor".

Artículo 2069.- "En el caso del artículo 2066 se observarán las disposiciones relativas al mandato".

Artículo 2070.- "En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho a reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consistió en recibir menor suma que la debida".

Artículo 2071.- "En el caso del artículo 2068, el que hizo el pago sólo tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago".

Artículo 2072.- "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuere en los casos previstos en los artículos 2058 y 2059".

Los artículos enunciados nos dan la solución de este problema, pues si la deuda pagada por el tercero, estaba garantizada por fianza, ésta se extinguirá al momento del pago, debido a su carácter accesorio, dando nacimiento a otra obligación entre tercero pagador y deudor. El artículo 2072, expresamente nos indica porqué la obligación accesorio se extingue.

b).- La fianza se extingue por vía directa, cuando existe una causa que origine la terminación del contrato de garantía exclusivamente, quedando existente la obligación garantizada.

Estas causas pueden ser la inherentes al contrata de fianza, como la inexistencia por falta de consentimiento o de objeto, o porque la voluntad en este contrato esté viciada, por ejemplo; finalmente se extingue por los medios generales que señala nuestro Derecho positivo: confusión, compensación, etc.

c).- Por último tenemos las causas especiales de extinción de la obligación accesoria.

Primeramente la señalada por el artículo 2845 del Código Civil vigente que dice: "Los fiadores, aún cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor".

El artículo citado indica claramente que cuando el acreedor incurre en descuido y deja perder la garantía o privilegio (prenda o hipoteca o cualquiera otra clase), el fiador no podrá subrogarse en todos los derechos de éste. Se considera que el fiador al dar su garantía la dio con la certeza de que esa garantía pasaría junto con el crédito al subrogarse por el pago hecho al acreedor y que por ningún motivo, se hubiera obligado no existiendo esa garantía; la legislación sanciona de esa manera al acreedor.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos indica que existen otras causas de extinción especial de garantía accesoria, fianza civil, que son las que la extinguen por el incumplimiento de una obligación del acreedor.

Al fiador los artículos 2848 y 2849, nos señalan tres clases, que son las siguientes:

1º.- Cuando el fiador se obligó por tiempo determinado, dice el maestro Rafael Rojina Villegas, que la fianza caduca si el acreedor no demanda al deudor para el cumplimiento de la obligación, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo.

2°.- Cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses en el juicio entablado contra el deudor.

3°.- Cuando el fiador se obligó por tiempo indeterminado, dice el citado maestro, la fianza caduca cuando la deuda se hace exigible y el fiador pide al acreedor requiera al deudor de pago, si éste no lo hace en el plazo de un mes.

El maestro Rafael Rojina Villegas refiriéndose al artículo citado dice: "entendemos en el caso de que existe caducidad en sentido amplio, para diferenciarla de la caducidad en sentido estricto, que supone que el derecho o la obligación no llegará a nacer..." sigue diciendo: "en los casos a que se refieren los artículos citados, la fianza sí existió, pero se extinguió por las causas que los mismos preceptos señalan".

En cuanto a las causas de extinción de contrato de fianza, nuestro Código Civil establece:

Artículo 2842: "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por la misma causa que las demás obligaciones".

Este precepto no hace más que señalar las causas de extinción del contrato de fianza, una de ellas consecuente con su carácter accesorio, es decir, la fianza se extingue cuando el contrato principal se extingue, lo que se nombra vía de consecuencia (ya descrita) y por último indica que las mismas causas que extingue a la obligación, la extingue a ella.

El artículo 2843 dice: "Si la obligación del deudor y la del fiador se confunde, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador.

La razón de este precepto la encontramos en que no se extingue la obligación del que fió al fiador, aún en caso de muerte, pues el acreedor puede demandar al "subfiador", si los fiadores no cumplen; tal es la finalidad del reafianzamiento.

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

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

Este artículo ya ha sido comentado.

El artículo 2846 dice: "La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza".

La razón de esta causa de extinción estriba, a nuestro modo de ver, en que la ley cierra toda posibilidad de una posible agravación de las obligaciones y derechos del fiador, con posterioridad a la celebración de la fianza; por ello ha dispuesto que la fianza se extinga cuando el acreedor realice cualquier acto que pueda perjudicar al fiador en sus derechos o agravar sus obligaciones.

El artículo 2847 al respecto dice: "La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que en virtud de ella, queda sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones".

Esto es congruente con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si se reduce por quita la obligación principal, basándose en el principio y en la ley, la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones, se extingue la obligación accesoria en virtud de que la ley, como hemos dicho, ha querido evitar que la situación del fiador pueda agravarse.

Los artículos 2848 y 2849, reglamentan tres clases especiales de extinción del contrato de fianza mismos que ya fueron estudiados.

PROPUESTA

4.5. PROPUESTA

La fianza no es algo reciente, pues durante siglos el hombre ha acostumbrado, casi siempre con resultados funestos, asumir obligaciones a nombre de familiares y amigos. Es por lo tanto, la fianza un contrato de origen civil que surgió como consecuencias de la desconfianza de parte del acreedor hacia el deudor que para desvanecer su temor a ser engañado exigió como condición la garantía de un tercero ajeno y sin interés en el mismo, con el fin de que asumiera también la responsabilidad del deudor para cumplir con la obligación contratada.

La fianza, al igual que todas las instituciones jurídicas, nace de las exigencias de la vida en sociedad. Las personas que otorgan créditos o préstamos tienen la necesidad de proteger su patrimonio. Esta protección la encuentran exigiendo de sus deudores una garantía, es decir, algo con que recuperar su préstamo o crédito en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

En este último caso, el fiador tendrá que pagar al acreedor la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si el deudor no lo hace.

El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes, de acuerdo con lo señalado por el artículo 2814 del Código Civil vigente.

La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto, según lo establece el artículo 2815 del Código señalado. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador es indispensable que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial según lo señalado en la fracción II del artículo 2817 del Código Civil vigente, lo cual consideremos injusto que se proteja de

esta forma al deudor, en el caso de que posea bienes fuera del distrito judicial en que deba hacerse el pago y de esta forma se perjudique al fiador, el cual ha confiado no sólo en el deudor sino en la justicia que de esta forma lo perjudica en su patrimonio y en su confianza.

Por lo anterior propongo que se suprima la fracción II del artículo 2817 del Código Civil vigente. Considero que con la reforma del mencionado artículo, se facilitara a las personas poder encontrar un fiador y a éste último, no le resulte más riesgoso, garantizar la deuda al acreedor.

Para lograr la reforma propuesta, se deberá reformar en primer lugar al artículo 121 constitucional en sus fracciones I, II y III, así como reformar el art. 2817 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Las leyes de los Estados con la reforma propuesta podrán tener los beneficios en relación a los efectos de sus propias leyes en materia de fianza civil, ya que los fiadores tendrían la seguridad jurídica de que el deudor tendría que responderla pago de la obligación con sus propios bienes, lo cual redundará por economía procesal, a evitar largos y costosos procedimientos legales de parte del fiador.

Se han llevado a cabo reformas constitucionales que en el pasado difícilmente se hubieran imaginado, como son las reformas de los artículos 27 y 130. Las cuales no han solucionado el problema agrario y el problema de las agrupaciones religiosas en México.

La futura reforma constitucional que ya tenemos en puerta es la reforma del artículo 123 y de su ley reglamentaria, lo cual, no será en beneficio de la clase trabajadora.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las formas para otorgar una garantía personal en el Derecho Romano fueron: la Sponsio, la Fideipromissio y la Fideiussio. La Sponsio presentó el inconveniente de que sólo fue accesible a los ciudadanos. La Fideipromissio y la Sponsio surgieron a través de la estipulación. La obligación del sponsor o fideipromissor quedaba afectada exclusivamente a su persona y no pasaba a sus herederos. En el derecho justinianeo la única forma de garantía personal a través de estipulaciones fue la Fideiussio, desapareciendo las otras dos ya mencionadas.

SEGUNDA.- La fideiussio era el contrato de garantía personal, en virtud del cual una persona se obligaba a responder accesorialmente de una deuda ajena, con el propio crédito. La acción para hacerla efectiva, gozaba del carácter perpetuo y era transmisible a los herederos. Era accesorial, pues era necesario para su existencia otra principal. Era formal, gratuita y unilateral. Se establecieron al regularla los beneficios de excusión, división y cesión de acciones. La forma de extinción de la fianza podía ser por vía de consecuencia, es decir la obligación del fiador se extinguía si la obligación principal dejaba de existir. También se extinguía por vía directa, por cualquiera de los medios ordinarios de extinción de las obligaciones.

TERCERA.- En el Derecho Español, encontramos reglamentada la fianza en el Fuero Real. También las Partidas la reglamentaron. Se siguió considerando la fianza como contrato accesorial. La fianza no podría exceder al monto de la obligación principal, pudiendo el fiador garantizar la deuda sólo en parte. Bastaba la simple manifestación del consentimiento en forma indubitable para que tuviera validez abandonándose, en consecuencia, los formalismos del Derecho Romano. Los beneficios establecidos fueron los de excusión, división y cesión de acciones.

CUARTA.- En el Derecho Mexicano, el Código Civil de 1870, reglamentó la fianza en los artículos del 1813 al 1888 y la definió como la obligación que

una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace. Consideró que la fianza puede ser legal, judicial o convencional, además de gratuita u onerosa. Se puede afirmar que siguió manteniendo los mismos principios del Derecho Romano. El Código Civil de 1884, se inspiró fundamentalmente en su antecesor, fue de escasos méritos.

QUINTA.- La definición de fianza que consideramos en este trabajo es la del maestro Rafael Rojina Villegas que señala: " La fianza es un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste lo hace". Lo importante de esta definición es que incluye dentro de ella el carácter accesorio como atributo principal. El contrato de fianza es accesorio, ya que para su existencia requiere la existencia y validez de la obligación principal que garantiza.

SEXTA.- Clasificamos a la fianza como un contrato accesorio, unilateral (excepcionalmente bilateral), gratuito por regla general, ya que puede ser oneroso, aleatorio en caso de ser oneroso, instantáneo o de tracto sucesivo y por último consensual, tanto en oposición a real como a formal.

SÉPTIMA.- Los elementos del contrato de fianza son: consentimiento y objeto que pueda ser materia de contrato. Señalamos un tercer requisito esencial para la existencia de la obligación principal.

Los elementos de validez son la capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios de objeto, motivo o fin del contrato.

OCTAVA.-Atendiendo a diversos puntos de vista, distinguimos diversas especies de fianza como son: Convencional, Legal o Judicial, Gratuita u Onerosa. En cuanto a sus efectos las clasificamos en simples y solidarias. Atendiendo al cuerpo de leyes que lo regulan, en civiles y mercantiles o de empresa.

NOVENA.- Se señaló que el beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador sin haber demandado antes al deudor. Por lo

que toca al beneficio de excusión, el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en bienes del deudor principal y sólo que éste sea insolvente, podrá ejecutar al deudor por la totalidad de la obligación. Se estudio también el beneficio de división, que presupone la pluralidad de fiadores, cuando garanticen la misma deuda y el mismo deudor y debe constar en el contrato. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal y las propias de la obligación accesoria.

DÉCIMA.- En cuanto a la extinción de la fianza señalamos tres diversas clases. Por vía de consecuencia, es decir, si por alguna causa se extingue la obligación principal, se extingue la accesoria, la cual sigue la misma suerte. Se extingue por vía directa, cuando existe alguna causa que sólo implique la terminación exclusiva del contrato de fianza quedando subsistente la obligación principal, tal es el caso por ejemplo, la falta de objeto o de consentimiento, causas que son inherentes al contrato de fianza y finalmente se extingue por los medios generales que señala nuestro Derecho Positivo.

DÉCIMA PRIMERA.- El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes, de acuerdo a lo señalado por el art. 2814 del Código Civil Vigente.

DÉCIMA SEGUNDA.- El beneficio de excusión consiste en que primero debe aplicarse todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación garantizada la que quedará extinguida o reducida en beneficio del fiador . Para que proceda se requiere que el fiador lo haga valer, señalando bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se encuentren dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago. Si esto último se modificara sería en beneficio del fiador.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GÓMEZ, Gregorio. Apuntes de Derecho Romano. Ed. Universidad Nacional Autónoma. Facultad de Leyes, México, 1954.

BORJAS SORIANO, Manuel. Teoría General de las obligaciones. Porrúa, México, 1953.

CASTAN TOBEÑA, José. Derecho civil español, Reus, Madrid, 1952.

CÓDIGO CIVIL, para el Distrito y Territorios Federales, Aduanera, México 1928.

COLIN AMBROCIO Y H. Curso Elemental de Derecho Civil, Reus, Madrid, 1925.

FLORIS. MARGADANT S, Guillermo. Derecho Privado Romano, Esfinge, S.A. México, 1965.

GARCIA, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho Porrúa, México.

JULIEN, Bonnacase. Derecho de las Obligaciones de los Contratos y de Crédito. Cajiga, México, 1945.

LAGRANGE, M. Eugenio, Derecho Romano, Suárez, Madrid 1889.

LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1872, Tomo I.

LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1872, Tomo I.

LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1872, Tomo III.

LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1872, Tomo III.

MANRESA NAVARRO. Comentarios al Código Civil Español, Madrid 1931.

MANRESA NAVARRO. comentarios al Código Civil Español, Madrid 1931.

OLIVEIRA MARTINS, José. Historia de la Civilización, Reus, Madrid 1946.

PALLARES, Jacinto. Derecho Mercantil Mexicano. Porrúa, México. 1992.

PEREZ, FERNÁNDEZ DE CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles, Porrúa, México, 1998.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de derecho Romano, Nacional, México, 1947.

PLANIOL Y RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Civil, Cajiga, México, 1932.

Recopilación de Leyes de las Indias, Madrid, 1943.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Robledo, México, 1968.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Robledo, México, 1946.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho de Crédito, Nacional, México 1943,

SANTA CRUZ TEJEIRO, José. Instituciones de Derecho Romano, Madrid 1946. 344 p.

SOHM, Rodolfo. Derecho Privado Romano, Panamericanas, México, 1936.

VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español, Picarea. Valladolid, 1926.

SOHM, Rodolfo, Derecho Privado Romano, Panamericanas, México, 1936, 370 p.

VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Pícaro. Valladolid, 1926, 616 p.