

320809

67
26j



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE ORDEN Y EXCUSION
EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.

TESIS QUE PRESENTA:
ERICK ESTEBAN TORRES ROJO

PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. HECTOR HERNANDEZ AGUILAR

MEXICO, D.F.
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTO

**A MIS PADRES Y HERMANOS POR HABERME DADO SU AMOR Y APOYO,
PUES SIN ESTO NO HUBIERA PODIDO TENER ESTA FORMACIÓN.**

INDICE

	PAGINA
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
1.1. Tiempos Primitivos	1
1.2. Roma	2
1.3. Edad Media	12
1.4. Las Siete Partidas	14
1.5. Código de Napoleón	15
1.6. Código Civil de 1870	16
1.7. Código Civil de 1884	17
1.8. Código Civil Vigente	17
CAPITULO II	
CONCEPTUALIZACION	
2.1 Concepto de Obligación en relación a la Solidaridad	20
2.2 Concepto de Solidaridad	26
2.2.1 Solidaridad Pasiva	28
2.2.2 Relación entre los deudores de la obligación solidaria pasiva.....	34
2.2.3 Solidaridad Activa	36
2.3 Concepto del beneficio de Orden y Excusión ..	39
2.3.1 Naturaleza Jurídica	45
2.3.2 Efectos del beneficio de Orden y Excusión....	46

2.3.3 Procedimiento para su interposición	47
2.4 Concepto de Aval	48

CAPITULO III

ANALISIS DE DIFERENTES CONCEPTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSION EN LAS OBLIGACIONES - SOLIDARIAS.

3.1 Análisis de la Solidaridad	58
3.2 Análisis del origen de la obligación solidaria	61
3.3 Diferentes tipos de obligaciones solidarias y la aplicación del beneficio de orden y excusión en éstas.....	63
3.4 La lesión en la solidaridad	66
3.5 Diferencias entre Garantía Civil y Garantía Mercantil.....	70
3.6 Versatilidad del derecho mercantil.....	75

CAPITULO IV

DE LA GARANTIA

4.1 Contratos principales y accesorios	77
4.2 Garantías personales	80
4.2.1 La fianza	80

4.3	Garantias reales	97
4.3.1	La Prenda	97
4.3.2	La Hipoteca.....	100

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Para abarcar un tema en el derecho tan importante como lo es el de la solidaridad, es necesario tener un concepto lo más preciso posible de la obligación. Para llegar a este concepto hay que distinguir en la obligación dos relaciones que la forman: la deuda y la garantía. Esta teoría ha pasado desapercibida para la mayoría de los civilistas, otras sostienen que estos dos elementos se dan siempre en la obligación civil y no es necesario.

Por otro lado para comprender el principio de orden y excusión en este tipo de obligaciones debe de tomarse en cuenta el interés y beneficio en que un codeudor solidario intervine en una obligación. Siendo que en muchas ocasiones se adquiere la obligación solidaria sin haber intervenido en la deuda ni tampoco obtenido un beneficio, ni mucho menos tener interés en la realización y nacimiento de una obligación, como es el caso del aval en los actos de comercio, el cual aparece en la obligación como un requisito y la ley lo considera a la par con el obligado principal, adoleciendo esto, de una equidad jurídica que en este aspecto sufre nuestra legislación.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 TIEMPOS PRIMITIVOS

El ser humano primitivo, mediante la apropiación, comienza a obtener los elementos naturales que necesita para su alimentación, para su vivienda, para su vestido. Nace luego la necesidad del intercambio con otros seres humanos, frecuentándose el trato entre sí, comenzándose la división de tareas y el intercambio de lo que cada uno de ellos produjese. Adquieren las relaciones, que presuponen la previa existencia de derechos reales, un grado mayor de sutileza, comenzando con relaciones creditorias dentro de una concepción personalísima a la que se ha de aludir inmediatamente.

"Tan pronto como el hombre necesitó enriquecer su acervo por medio del trueque, o valerse del esfuerzo y de su habilidad ajenas, tuvieron nacimiento los derechos creditorios, cronológicamente ulteriores a la propiedad, puesto que la presuponen, al igual que un estadio de cultura más avanzado".

(1)

(1) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L. Argentina, 1965 T. XX p. 637.

El derecho de obligaciones tiene una función de índole social ya que existen relaciones entre individuos en donde se determinan prestaciones de servicios a cambio de otras prestaciones semejantes. Del concierto formado por el intercambio de servicios y prestaciones, nace el derecho de las obligaciones, haciéndose más perfecto en cuanto más avanza la organización de la sociedad. De lo anterior se deducen las siguientes funciones:

a).- El derecho de obligaciones posibilita y facilita la circulación de los bienes, acrecentado de este modo la riqueza general de la sociedad y por lo tanto el bienestar del individuo.

b).- Se manifiesta como una forma jurídica de cambio del trueque en la vida económica, y como reglamentación equitativa de los valores cambiados. (2)

1.2 ROMA

En la obligación romana, la sujeción y ligamen del deudor al acreedor eran casi absolutos, baste como ejemplo recordar, la institución de la esclavitud por deudas que la primitiva ley

(2) VID. Gomís Soler José. Derecho Civil Mexicano. Ed. Excelsior. México 1944. T. III. p. 11

creó y llevó a los más crueles extremos. Dentro de ella, acreedor y deudor quedan perfectamente determinados desde su nacimiento; y unidos por un lazo rotundo y directo, que los tenía sin posibilidad de ninguna substitución por parte de otra persona, hasta la realización del compromiso obligatorio. No exageró Luis de Gasperi, al decir: "que en la obligación romana el elemento personal ahoga al elemento patrimonial".

La posición entre el acreedor y el deudor ha reconocido diferencias muy grandes a lo extenso de la evolución histórico-jurídica, apreciándose la existencia de dos líneas paralelas que evolucionan: Una que parte de la concepción penal de las obligaciones, con una fuente única y predominante que es el delito; la otra nace de una concepción personalísima de la obligación de modo que ésta debía nacer, seguir su ciclo jurídico y extinguirse en cabeza de los mismos titulares activos y pasivos con la consecuente intrasmisibilidad, hasta una concepción que pone su acento en los frutos del patrimonio del deudor, limitando a ese elemento real la responsabilidad por incumplimiento de la deuda.

La responsabilidad solidaria entre deudores, derivada de la comisión conjunta de un acto ilícito por varias personas, suele llamarse obligaciones "in solidum". Consideraban los

juristas romanos de la Epoca Clásica que todos los coautores de un acto ilícito, quedaban obligados con independencia unos de los otros, a la reparación del daño. El ofendido podía ejercitar su acción contra cualquiera de ellas, reclamándole el total de la indemnización a que era acreedor, se encuentran también diversos casos, en que la obligación nacía de contratos o cuasicontratos. Como ejemplos puedan citarse a los depositarios en común de una cosa, que por falta o dolo, fuera destruida o deteriorada. "Cometiendo un delito, el delincuente estaba obligado a experimentar la vindicta pública. las obligaciones que tenían pluralidad de sujetos pasivos que nacían de un delito y otros actos antijurídicos, eran solidarias y ofrecían una mayor garantía al acreedor". (3)

Eran las épocas en que el Estado y los particulares competían en la barbara Ley del Talión.

Pasa mucho tiempo antes de que se considere la posibilidad jurídica de que el deudor se libere de algún tipo de venganza por parte del acreedor, mediante el pago de una suma de dinero. Este pacto se denomino COMPOSICION. La obligación seguía respondiendo al delito, este pacto sólo procuraba calmar la

(3) VID. Margadant Guillermo Floris. Derecho Romano. Ed. Estinge. México, 1986. Ed. Catorreaya. p. 323.

venganza ofreciendo una suma en su lugar, cambiando el ataque a la persona por el ingreso de dinero.

El estado tomó intervención en esta nueva modalidad, estableciendo las sumas que debían abonarse para que el acreedor resignase el ejercicio de su derecho de venganza, con lo que la COMPOSICION, que era voluntaria, se transformo en una composición legal, introduciéndose así poco a poco la fuente contractual de las obligaciones, siendo que lo prometido fuera obligatorio, sin derivar su obligatoriedad del delito. Después surgió la idea de garantizar la obligación primitiva mediante la incorporación de un nuevo elemento que añadiera responsabilidad a la COMPOSICION. Este elemento era un acto formal y consistía en garantizar el cumplimiento del deudor principal ofreciendo el cumplimiento de un tercero, una cosa ó un conjunto de bienes, esto a raíz de que la sola manifestación de cumplimiento del deudor no ofrecía confianza al acreedor. Era ilógico que se pensara en acudir a elementos personales reales, extraños para conferir obligatoriedad al vínculo contraído.

Primitivamente como se ha dicho, el concepto de obligación está vinculado con la persona, partiendo de esa concepción personalísima, no podía admitir de manera alguna que el vínculo

fuese transmitido a terceros.

"El deudor era considerado como un criminal, la falta en el cumplimiento de la obligación, se castigaba con crueldad, anudándose con cuerdas o cadenas el cuerpo de mal pagador. Entre los Arios se les ataba a una columna y esa terrible situación los liberaba de pago, permaneciendo día y noche a cualquier inclemencia del tiempo e, incluso a los castigos que el acreedor podía realizar con una vara, si el deudor llegara a morir, sus restos no se le entregarán a los familiares si estos no cubren la deuda del difunto. La idea básica consistía en que el deudor digno de rescate sería, en el caso de no tener medios propios, liberado por aquellos que se solidarizarán con él. El que no fuera digno pasaría momentos angustiosos de hambre y sed hasta su muerte". (4)

"La ley de las XII tablas es un ejemplo de la difícil situación del deudor. La posición del deudor en Roma se hallaba sujeta, a dos situaciones jurídicas distintas. Una con facultad del acreedor para proceder de pleno derecho contra la persona de su deudor; otra exigía la sustanciación de un juicio previo para llegar a un mismo resultado. El primer procedimiento se

(4) C.F.R. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L. Argentina, 1965. T. XX p. 638.

uso desde los más remotos tiempos romanos y muy comunmente en el contrato de préstamo de consumo o mutuo en el que los ricos prestaban a los pobres una suma de dinero y obtenían en garantía lo único que podían ofrecer los segundos, es decir, su persona física. Estos procedimientos no eran de tanto rigor, teniendo en cuenta que lo que se perseguía más era alarmar con sanciones muy severas para evitar el incumplimiento de las obligaciones que sancionar después siguiendo al pie de la letra las normas mencionadas". (5)

Posteriormente, y hasta la segunda mitad del siglo anterior, la idea de que, en el caso de incumplimiento no cubierto por el patrimonio, cabe a modo de vestigio de las formas barbaras, la prisión por deudas. Este instituto entraña un progreso evidente con referencia a los tiempos en que se respondía con la vida. Pero visto con los ojos de hoy resulta todavía bárbaro y primitivo.

Es la época en que el derecho real se confunde todavía con el derecho de obligaciones. "El derecho real, es el prototipo de una época de la vida jurídica, y por eso no es de extrañar que la patria potestad y tutela, se concibieran como derechos reales, al modo de la propiedad. Pero el adelanto social y,

(5) VID. Idem. p. 639

más que nada el intercambio comercial entre los pueblos debidos a las guerras, fueron poco a poco modificando el antiguo concepto de la obligación, y, al encadenamiento material entre el deudor y el acreedor, sucedió el vínculo moral. Este vínculo pasa finalmente de la persona al patrimonio". (6)

En el orden jurídico romano no se permitía que una deuda se transmitiera con absoluta libertad, por mero convenio entre un deudor y un tercero, los derechos del acreedor se volverían ilusorios desde el momento que se permitiera que los deudores pudieran pasar sus deudas a cualquiera persona insolvente, impuntual, con residencia en el extranjero, etc. Sería como permitir que A dispusiera de los derechos patrimoniales de B sin consentimiento de este.

"Las transmisiones de deudas a título particular podían realizarse en el derecho romano mediante la novación; el contenido de la antigua obligación se traspasaba a una nueva obligación cambiando un solo elemento, en este caso, la persona del deudor, para esto se necesitaba, desde luego, el consentimiento del acreedor, sin el cual la antigua obligación no podía extinguirse. Esta forma especial de la novación, recibió el nombre de DELEGACION. En ella, un nuevo deudor

(6) VID. Gomis Soler José. Ob.Cit.p.27

acepta, por indicaciones del antiguo deudor, pagar la deuda de este al acreedor, el cual acepta al nuevo deudor. Si el deudor original era, a su vez, acreedor del nuevo deudor, dos obligaciones distintas podían fundirse en una sola. Si la delegación era perfecta, el acreedor no tenía recurso contra el deudor original en caso de que el nuevo deudor resultara ser insolvente, lo cual era justo, ya que nadie había obligado al acreedor a aceptar el cambio de deudor. Sin embargo, el acreedor podía pactar la corresponsabilidad del deudor original.

En el antiguo Derecho Romano, era casi imposible traspasar el crédito a otra persona. Las obligaciones tenían muy severas consecuencias; y el deudor arriesgaba su libertad y su vida en caso de incumplimiento". (7)

La estipulación era una manera de contratar, que consiste en una interrogación a efecto de obligar, hecha por el acreedor seguida de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta hecha por el que conciente en hacerse deudor. El acreedor es el que habla primero, resume su pregunta al objeto del contrato. El deudor que ha oído la pregunta en que conciente en obligarse en la medida indicada, responde a continuación

(7) VID. Margadant Guillermo Floris. Ob. Cit. p.329

afirmativamente. Resulta de este procedimiento que la estipulación no podía ser hecha por los mudos y los sordos, no podía tener lugar entre ausentes, la presencia de las partes era absolutamente necesaria para el cambio de palabras que constituye el contrato.

Cabe señalar que debía resultar clara dentro del negocio jurídico la intención de pactar solidaridad del crédito, pues en caso contrario, los acreedores sólo adquirirían un crédito por partes y los deudores sólo se obligaban separadamente.

Así por ejemplo, cuando eran varios los estipulantes (acreedores) y uno solo el prominente (deudor), se preguntaba por todos los primeros al segundo, si prometía llevar a cabo determinada prestación, contestando este último tras las preguntas de todos: prometo (spondeo); pues si lo hacía por separado a cada uno de ellos, adquiriría tantas obligaciones como contestaciones daba.

Para producirse la solidaridad (correalidad pasiva), era menester que el estipulante interrogara separadamente a los prominentes: Mevio, prometes darme cinco áureos? Seyo, prometes darme los mismos cinco áureos?, respondiendo con su turno cada uno de ellos: prometo, o un equivalente.

"El cumplimiento de las obligaciones por deudas, nunca se garantizó con la expropiación de bienes del deudor. Ciertamente que la Ley de las Doce Tablas no es complaciente con el deudor; pero no permite, con todo, que su propiedad se confisque en provecho del acreedor, el cuerpo del deudor responde de la deuda, no su tierra pues la tierra es inseparable de la familia. Al deudor se le entrega en manos del acreedor; la tierra le sigue en cierto modo en esta servidumbre. El amo que usa en su provecho de las fuerzas físicas del hombre, goza también de los frutos de la tierra, pero no se convierte en propietario de ésta. El derecho de propiedad era inviolable, a no ser que fuese autorizada por la religión". (8)

Utilidad de la solidaridad. 1.- Solidaridad entre deudores Presentaba para el acreedor una doble utilidad. Encontraba en ella a la vez una comodidad y una seguridad: una comodidad, porque obtenía todo lo que le era debido por una persecución única contra un sólo deudor. en lugar de entablar acción contra cada uno por su parte de la deuda: una seguridad, porque podía elegir y reclamar el pago al deudor que le pareciese más solvente: no tenía que temer la insolvencia de los demás, y corría menos peligros de no ser pagado.

(8) Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua. Ed. Porrúa. México, 1980. Ed. Cuarta. pp. 47-48

1.3 EDAD MEDIA.

Durante la Edad Media, es evidente la influencia de los postulados del cristianismo sobre el derecho de las obligaciones, ya que la rigidez lógica de la teoría cristiana se ve impregnada de la necesidad de defender al deudor desvalido frente a la inhumanidad del acreedor. A finales del siglo XIV se habló mucho del aspecto moral de la obligación, a fin de moldear la obligación sobre bases éticas que den un giro sustancial a la aparente inmutabilidad de la teoría romanista de las obligaciones.

"Primitivamente la propiedad es comunal y por tanto el deudor solo respondía con su persona de su deuda; en la Edad Media no se permitía la alienabilidad de los bienes del deudor, por lo tanto se hacía recaer sobre la persona del deudor toda la responsabilidad del incumplimiento de sus obligaciones; en el derecho moderno solamente se tiene como responsabilidad de la obligación incumplida al patrimonio del deudor y no a la persona de éste; excepción hecha de la responsabilidad de orden criminal y de aquella que recae sobre el quebrado en quiebra declarada fraudulenta. Siendo que la responsabilidad personal se convirtió en responsabilidad del patrimonio". (9)

(9) VID. Gomís Soler José. Ob. Cit.. p. 9

Pedro Leroux expresa la idea de que todos los hombres forman un todo, dependiendo recíprocamente los unos de los otros en cuanto afecta al conjunto total, a la manera como las partes del organismo dependen recíprocamente los unos de los otros, empleando la solidaridad en este sentido, substituyendo a la divinidad que consideraba deprimente. Describiendo perfectamente la existencia natural de lo que el llama ley de solidaridad, complementaria de la responsabilidad, mostrando como la suerte de los hijos depende muchas veces de los padres, cómo no hay sobre la tierra un hombre cuya condición no haya sido determinada por millones de hechos a los cuales sus determinaciones son extrañas, y cómo la sociedad entera es un conjunto de solidaridades que se cruzan.

El mismo autor, hizo de la idea de solidaridad el fundamento de la sociología en un discurso sobre el espíritu positivo. Una serie de nuevos hechos vinieron a dar mayor importancia a esta idea: la microbiología enseñó que las enfermedades se comunicaban de hombre a hombre por vacilos indivisibles, de suerte que la mayoría de los que creían morir de muerte natural fallecían por haber sido contagiados por sus semejantes; la sociología, con la doctrina organicista, sostuvo que toda sociedad constituía un organismo en el más completo sentido de la palabra y que, por tanto, existía entre todas sus

partes, entre los hombres una solidaridad tan estrecha como la que existe entre los órganos de un mismo cuerpo". (10)

1.4 LAS SIETE PARTIDAS

De esa Ley se desprenden las siguientes reglas:

a).- La solidaridad no se presumía, debía estipularse "muchos omes entrando fiadores en uno e obligándose cada uno de ellos en todo de dar o de fazer alguna cosa por otri; son tenudos de los cumplir en aquella manera que lo prometieron...".

b).- la obligación se extingue por el pago hecho por un fiador... "de guisa que aquel que recibe la fiadura puede demandar a todos a cada uno por sí toda la debda quel fiaron et pagando el uno son quitos los otros".

c).- La solidaridad provenía de la fianza. Ley IX "Como la debda debe ser demandada primeramente al principal deudor que al quel fió".

(10) CFR. Enciclopedia Universal Ilustrada Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L. 1970. T. 57 p. 144

1.5 CODIGO DE NAPOLEON

En este código aparece detalladamente reglamentada la solidaridad distinguiéndola en activa y pasiva (Libro III. Tit. III Sección IV).

La obligación solidaria activa existe cuando varios acreedores tienen cada uno derecho a demandar el pago total de la deuda y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor (Art. 1197). Todo acto que interrumpe la prescripción respecto de un acreedor aprovecha a todos los demás deudores (Art. 1199). Hay solidaridad pasiva cuando hay varios deudores obligados a una misma cosa de manera que cada uno puede ser constreñido por la totalidad y el pago hecho por uno de los deudores libera a los demás frente al acreedor (Art. 1200).

La solidaridad pasiva no se presume, debe pactarse (Art. 1202). El acreedor que recibe el pago total de la deuda y el deudor que lo hacía, el primero debía repetir la prestación entre los demás acreedores y el segundo quedaba facultado para demandar proporcionalmente a los demás deudores. (Art. 1198 y 1214). (11)

(11) Gomís Saler José. Ob. cit. p. 12.

1.6 CODIGO CIVIL DE 1870

Este Código trata de las obligaciones mancomunadas (que identifica con las solidarias) en el Libro III Capítulo V, bajo el rubro "De la mancomunidad" en cuyo articulado trata también de la obligación indivisible confundiéndola con la solidaria.

Establece dicho Código que hay mancomunidad activa y pasiva (Art. 1504). Hay mancomunidad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir cada uno por sí, del deudor el cumplimiento total de la obligación (Art. 1505). Hay mancomunidad pasiva cuando dos o más deudores tienen la obligación de prestar, cada uno por sí, en su totalidad la suma o hecho materia del contrato (Art. 1506). La mancomunidad pasiva no se presume salvo en los siguientes casos: a).- Cuando el objeto de la obligación es indivisible y b).- Cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario (Art. 1508 y 1512). La interrupción de la prescripción respecto de uno, la interrumpe para todos sean deudores o acreedores (Arts. 1514, 1233 y 1238). El acreedor que recibe el pago está obligado a entregar a sus coacreedores la parte que le corresponda (Art. 1516). El deudor que paga tiene el derecho a repetir (Art. 1523). La quita o remisión hecha por el acreedor a uno de los deudores mancomunados no extingue la obligación (Art. 1524).

1.7 CODIGO CIVIL DE 1884

Este Código reproduce todo el articulado del anterior en lo que se refiere a esta materia por lo que lo dicho anteriormente, es válido también para este Código.

1.8 CODIGO CIVIL VIGENTE

Por lo que se refiere a nuestro Código Civil vigente, en primer lugar, trata en un mismo capítulo que es el IV, título II del libro IV, bajo el rubro "De las obligaciones mancomunadas", tanto de éstas como de las indivisibles, no obstante que son dos fenómenos de las obligaciones que obedecen a diversas causas y que tienen diferente naturaleza jurídica por lo que lógicamente deben ser tratadas separadamente. Por estas mismas razones debe nuestro código, hacer una distinción neta entre la solidaridad pasiva y la solidaridad activa pues, tienen diversas funciones y distinta naturaleza jurídica y debe, por consiguiente, tratar de ellas separadamente y no promiscuamente como lo hace.

Siendo la mancomunidad una manera de ser de la obligación en cierto modo contrapuesta a la solidaridad, según se desprende de lo que antes quedó expuesto, nuestra ley debe usar una terminología distinta para designar uno y otro fenómeno; pues tal como está redactada, parece designar con la palabra

mancomunidad, tanto a la situación en que la obligación tiene varios sujetos, como a la obligación que podríamos llamar mancomunidad o bien parcial y a la solidaria; lo que constituye otra confusión en que incurre nuestro Código al no designar estos fenómenos diversos con diversos vocablos como sería lo lógico y correcto.

No debe establecer un paralelismo y tratar promiscuamente de la solidaridad pasiva y de la activa, pues son dos instituciones que tienen una función jurídica distinta, pues mientras aquella es un refuerzo de la garantía en la obligación civil, ésta tiene como finalidad facilitar el pago de la obligación.

Nuestro Código Civil vigente, en el rubro que trata de las obligaciones mancomunadas y solidarias se refiere también a las obligaciones indivisibles; lo que constituye una falta de técnica, pues fácilmente se infiere de lo expuesto precedentemente que la solidaridad y la indivisibilidad son dos fenómenos enteramente distintos porque mientras aquella es un refuerzo en la garantía de la obligación, ésta se refiere al objeto de la deuda, es decir, a la actividad del deudor o sea la prestación.

Tal distinción la reconoce expresamente nuestro Código al establecen su artículo 2004 que "la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria", por lo que este precepto reafirma el sentido de que solidaridad e indivisibilidad son dos fenómenos jurídicos completamente diversos, que técnicamente deberían ocupar capítulos separados en nuestra ley positiva.

CAPITULO II CONCEPTUALIZACION

2.1. CONCEPTO DE OBLIGACION, EN RELACION A LA SOLIDARIDAD

Es bien sabido que el meollo de las disciplinas jurídicas se encuentra en la teoría general de las obligaciones, puesto que en ella convergen todas las ramas del derecho. Ante la celebración de un negocio jurídico, ante la realización de un hecho jurídico, ante la omisión de una conducta debida etc.

El término obligación en el lenguaje jurídico tiene diversas acepciones: en primer lugar las instituciones de Justiniano dan el siguiente concepto: "La obligación es un vínculo de derecho por el que somos constreñidos en la necesidad de pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad". Esta definición es generalmente acogida y repetida por algunos de los tratadistas modernos estando lejos de ser clara y completa.

Por esa razón se hace necesario determinar el significado claro y el alcance preciso de lo que es una obligación.

En el medio jurídico mexicano se adopta la siguiente definición "Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una obtención, de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor" (12)

Por otra parte también se expone: "La definición clásica de obligación, asienta que ésta es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir de otra llamada deudor, una prestación o una obtención de carácter patrimonial" (13)

Etimológicamente la obligación viene del término latino "obligatio-nis" "acción de atar, estado del que se halla atado". (14)

-
- (12) Borja Soriano M., Teoría General de las Obligaciones Porrúa, México, 1953 T.I. pág. 81.
- (13) Gutiérrez González E. Derecho de las Obligaciones Cajica-Puebla, 1961. pág. 52.
- (14) Raimundo DE MIGUEL, Diccionario Latino español Etimológico, Madrid, 1929.

El diccionario de la Real Academia nos enseña que la obligación es una "imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de Ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos".

El término obligación comenta un pensador, en general significa "una necesidad moral, absoluta y categórica de guardar una conducta". (15) Decimos que la obligación implica una necesidad, en mérito de que si alguien frente a una norma queda en libertad para obrar en un sentido o de otro modo, no se considera que haya obligación. La obligación impone necesidad, pero no física, si no moral que deja en libertad psicológica pero no moral, toda vez que lo moral va por medio del conocimiento intelectual y dicta a la voluntad un imperativo, imponiéndole una fuerza. El obligado puede pasar por encima de la obligación, pero ese hecho no quita la obligatoriedad, la necesidad que experimenta el obligado de guardar una conducta, no desvanece el vínculo que le sigue obligando.

(15) Rahaim Salomón, Compendio de Filosofía, México, 1966 p. 552.

Es cierto que a todo derecho corresponde una obligación y que a toda obligación corresponde un derecho, pero tal aseveración solo significa que los términos son correlativos. Si son correlativos, no son iguales, no son convertibles; luego son distintos.

El fenómeno jurídico que señala precisamente la situación del acreedor, se llama el derecho. El fenómeno jurídico que apunta la situación especial del deudor se denomina obligación. El derecho es facultad, poder y es renunciable. La obligación es necesidad, exigencia de actuar y no es renunciable.

La noción de obligación ha sido ya analizada y opuesta al derecho real, con el nombre de derecho de crédito, esta consiste en una relación jurídica entre dos personas, una de las cuales es acreedora y la otra deudora. La relación total se llama obligación; considerada, especialmente, del lado pasivo, recibe el nombre de deuda, y el de crédito si se considera el lado activo, pero la palabra obligación frecuentemente se toma en un sentido restringido como sinónimo de deuda, siendo que la obligación no solo es deuda sino un vínculo jurídico entre dos personas que tiene por contenido una prestación. Lado pasivo en una deuda y lado activo en un crédito.

La obligación en su unidad compleja no es más que una especie de relación jurídica que se compone de dos puntos: acreedor y deudor unidos por un vínculo jurídico. Más dentro de esa relación, la posición del deudor es de preeminencia y la del deudor de subordinación. El deudor se encuentra en una situación de deber, debe hacer algo o abstenerse de hacerlo; es decir debe cumplir una prestación en beneficio del acreedor, mientras el acreedor esta en una situación de poder.

"Por mucho tiempo, la opinión dominante entre los civilistas ha hecho consistir la esencia de la obligación en la obligación del deudor de cumplir la prestación y el correspondiente derecho del acreedor de exigirla, pasando inadvertido en la deuda el poder del acreedor de obrar coactivamente contra el deudor y obtener en su patrimonio el cumplimiento de la deuda".(16) Habiéndose observado que el deudor no puede ser realmente constraído a cumplir la prestación porque la voluntad humana es incoercible, se ha afirmado por muchos que la verdadera esencia de la obligación no consisten la deuda sino en el derecho del acreedor de obrar coactivamente contra el deudor y especialmente de obrar contra su patrimonio, en caso de incumplimiento de la prestación. Por

(16) Rocío Alfredo, Principios de Derecho Mercantil. Traducción de Revista de Derecho Privado, Editorial Nacional, México, 1981 p. 210.

el contrario, los sostenedores de la distinción entre deuda y garantía aseveran que la esencia de la obligación no se puede captar sino distinguiéndose en ella dos elementos constitutivos esenciales que son el elemento deuda, es decir el deber jurídico que el deudor tiene frente al acreedor de cumplir la prestación y el de la responsabilidad o garantía, es decir, la sujeción del deudor al acreedor en caso de incumplimiento. "Estos dos elementos en la relación obligatoria que se refiere comunmente cuando se habla de obligación están unidos, lo que no impide que conceptualmente sean distintos e independientes uno de otro y que en algunas relaciones puedan estar separados el uno del otro" (17). La expectativa del acreedor de ser espontáneamente pagado por el deudor y el verdadero derecho que tiene el acreedor de poder ejercitar sobre el patrimonio del deudor para obtener no ya la prestación no cumplida, sino su valor equivalente. Asentado pues que el objeto de la deuda y el del crédito es el mismo; la prestación en un primer momento de la obligación, es decir, en la deuda, el objeto consiste en la actividad de una persona; pero si ésta no cumple, la obligación cambia de objeto puesto que el acreedor tiene derecho a exigir no ya la prestación debida sino su equivalente garantizado en el patrimonio del deudor.

(17) Gangi, Scritti Gwridia Vari.

Vol. II Debito e la responsabilità: Padova, 1933-pág. 317.

En consecuencia, si en la obligación hay dos objetos distintos, habrá también dos relaciones distintas, la obligación esta constituida de un deber del deudor y de un correspondiente derecho del acreedor.

2.2. CONCEPTO DE SOLIDARIDAD

La palabra solidaridad, es moderna y se remonta al Siglo XVII y aparece en 1765 en la Enciclopedia.

Nuestro Código Civil, en su libro IV, titulo II, Capitulo Iv, bajo el rubro. "De las obligaciones mancomunadas", habla de la solidaridad y también de las obligaciones indivisibles siendo esto antitético, pues la solidaridad y la indivisibilidad son dos fenómenos completamente diversos que deben ser tratados por separado.

Artículo 1984 Código Civil.- Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad. A esta figura, que es la normal, se contraponen otra diversa que es la solidaridad, en virtud de la cual varios deudores responden con sus bienes por todo el monto de la deuda y correlativamente varios acreedores de la misma deuda y pueden obtener todo el valor sobre los bienes del deudor común.

"La solidaridad, dispone el artículo 1988, del Código Civil no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes". Siendo en nuestra solidaridad una situación que no se presume debe tener su fundamento o en un acto de voluntad de las partes, esto es, en un contrato o bien en disposiciones legales que la sanción en contra la voluntad de las partes obligadas. "Por lo que respecta a la voluntad de las partes, debemos hacer notar que para el derecho romano, dependía del modo como se había convenido la deuda: si se hacía en un solo acto o si, por el contrario se constituía en varios actos sucesivos; en el primer caso, era una obligación solidaria; en el segundo caso, se trataba de una obligación acumulativa o conjuntiva o bien de una novación. Para el derecho moderno, por el contrario, la voluntad de las partes para obligarse solidariamente no depende de la forma de su nacimiento y puede hacerse nacer libremente, basta con que resulte expresamente pactada. Este principio es acogido por la mayoría de las legislaciones."(18)

Entre los casos en que nuestro Código Civil estatuye la solidaridad, podemos citar el artículo 1917 que preceptúa que "las personas que han causado en común un daño, son

(18) López Aniceto. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1942, p. 119.

responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas..."

2.2.1. SOLIDARIDAD PASIVA

Comenzaremos con la solidaridad pasiva que es la de más importancia práctica.

La función de solidaridad pasiva consiste en un refuerzo de la garantía de una determinada deuda que tiene lugar por el hecho de poner a disposición del acreedor varios patrimonios en vez de uno solo con el fin de que sea satisfecho.

La hipótesis principal que debemos examinar para dilucidar la verdadera esencia de esta clase de solidaridad es aquella en la que una deuda a cargo de una sola persona, sea reforzada con el patrimonio de otras personas a fin de que se garantice de un modo íntegro el cumplimiento de la deuda, es decir, con renuncia del beneficio de orden y excusión. Así el coobligado solidario aparece como un fiador integral sin el beneficio de orden y excusión. Tenemos pues, en las obligaciones solidarias pasivas, que una sola deuda, es garantizada por una pluralidad de patrimonios.

Se dice que es solo una deuda en cuanto que está formada por uno o por todos los obligados solidarios y corresponde a una sola operación civil o de crédito del crédito realizada por el acreedor; esta única deuda está garantizada en su totalidad por una pluralidad de patrimonios.

"La discusión entre los civilistas de si la obligación solidaria está constituida por una pluralidad de obligaciones o por una sola obligación, queda resuelta en el sentido de que en la solidaridad existe unidad de deuda y pluralidad de garantías. La confusión y la inseguridad que ha habido respecto a este punto se debe a que no se ha tenido presente que el concepto de la obligación no es simple y unitario sino, como hemos visto anteriormente tiene un concepto doble, compuesto de deuda y garantía (debitum et obligatio)."(19)

Este modo de concebir la solidaridad pasiva sirve para determinar los efectos de cada uno de los modos de extinción de la obligación. Teniendo presente que la deuda es una sola y varias las garantías o responsivas siendo necesario admitir que los modos de extinción que se refieren a la deuda en su objetividad, extinguen también y al mismo tiempo, todas las

(19) López Aniceto. Ob. Cit. p. 203.

garantías que acompañan a la misma deuda, no pudiéndose admitir que subsistan las garantías allí donde ya no existe la deuda. Esto vale especialmente para el pago hecho por uno de los deudores que operando objetivamente extingue la deuda y por vía de consecuencia, extingue también las garantías de la misma deuda. Sin embargo, el pago realizando tanto en la obligación solidaria activa como el hecho por la pasiva operan objetivamente extinguiendo en todo caso la deuda y consecuentemente responsabilidades que la garantizaban.

Por todos los demás modos de extinción se procurará ver si están destinados a la deuda en cuyo caso operan objetivamente; o si por el contrario, están destinados a liberar a un determinado deudor de la garantía por la misma deuda en cuyo caso los modos de extinción operan subjetivamente, subsistiendo la deuda. Analicemos algunos modos de extinción.

"La novación, si se refiere a la deuda misma opera objetivamente es decir, la deuda y las garantías se extinguen y como ya no hay deuda ni garantías, la obligación solidaria deja de existir; por el contrario, si la novación se refiere a una de las varias garantías que existan en la deuda, opera subjetivamente puesto que la deuda sigue subsistiendo y puede estar acompañada por otras garantías a las que la novación no

afectó. Nuestro Código civil en su artículo 1991 atribuye en todos los casos. El efecto objetivo a la novación cuando dice que la "novación... hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación".(20)

La remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación, dispone el citado artículo 1991 del Código Civil, de lo cual se sigue que la remisión de la deuda en las obligaciones solidarias, opera objetivamente. Los artículos 2210 y 2211 del Código Civil establecen que la remisión hecha al deudor principal libera a sus fiadores mientras que la remisión hecha a los fiadores no libera al deudor principal; lo que depende del hecho de que el fiador no es por ningún motivo deudor, sino simple garante, de donde extinguida que sea la deuda su garantía se extingue: por el contrario, la remisión hecha a los fiadores siendo la remisión no de la deuda sino de sus garantías no afecta a la deuda del deudor principal.

(20) Téllez Ulloa Marco Antonio, El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano, Ed. Libros de México, S.A. México, 1973 p. 12.

Por lo que respecta a la compensación, es necesario determinar si los codeudores son verdadera y substancialmente tales, pues si ellos no fuesen verdaderos y propios deudores del acreedor común, sino simples garantías del deudor verdadero, la compensación no podrá verificarse y por tanto sólo podrá ser invocada por el verdadero deudor demandado. Hemos visto anteriormente como los obligados pueden ser verdaderos deudores y como solo simples garantes. En consecuencia, sólo si el condeudor-acreedor del acreedor común es substancialmente deudor en todo o en parte de cuanto es debido al acreedor común se puede concebir la compensación de su deuda con su crédito. Si por el contrario, no es verdadero deudor no podrá haber compensación con su crédito, porque no hay deuda para él.

La compensación preceptúa el artículo 1991 del Código Civil, hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación. Esto se debe a que por medio de la compensación se extingue la deuda y de este modo opera objetivamente.

Debemos añadir, respecto a la compensación, que el fiador (no deudor) que sea demandado por el acreedor podrá oponer en compensación lo que el deudor-acreedor deba al deudor principal

ya que en definitiva es éste quien deberá pagar.

También aquí es la distinción entre deuda y garantía lo que aclara éste punto: los obligados solidarios en cuanto intervienen con el objeto de garantizar mejor al acreedor no son verdaderos deudores de este sino que, como los fiadores, son sus simples garantes integrales y así no siendo ellos verdaderos deudores no puede concebirse la compensación entre su deuda (pues no existe) y los créditos que pudieran tener contra el acreedor común. El verdadero deudor no podrá invocar pues en compensación los créditos que los coobligados solidarios tengan contra el acreedor común, porque en realidad aquellos nada deben a éste.

Prescindiendo de las relaciones internas entre los obligados solidarios, sería lógico negar, en todo caso, que un obligado solidario pueda oponer en compensación al acreedor que lo demande, los créditos contra éste y que pertenecen a los demás codeudores, ésta es la solución adoptada por el artículo 2200 de nuestro Código Civil.

Si los demás codeudores, además de ser garantes son también verdaderos codeudores por parte, su deuda se compensará con el crédito que pudiesen tener contra el acreedor común;

pero no se compensará en el caso contrario, es decir cuando sean simples garantes y no verdaderos codeudores.

Supongamos ahora que el acreedor común haya sucedido a alguno de los codeudores solidarios: si el codeudor al que el acreedor ha sucedido fuese substancialmente el verdadero deudor por el total de la suma debida, la confusión operará objetivamente ya que teniendo lugar la confusión por toda la deuda ésta se extingue desapareciendo también todas las garantías de los demás codeudores porque ya no hay deuda que garantizar; pero, si el coobligado al que el acreedor haya sucedido no fuese substancialmente deudor en parte, sólo por esta parte operaría la confusión, subsistiendo por la parte de la deuda no extinguida las garantías de los demás codeudores.

2.2.2. RELACION ENTRE LOS DEUDORES DE LA OBLIGACION SOLIDARIA PASIVA

Hemos visto que frente al acreedor común, los codeudores solidarios están obligados esto es, responden con su patrimonio por el total de la deuda, por la cual cada uno de ellos está expuesto a que sea requerido por el monto total de la deuda y por otro lado, quien paga el monto total de la deuda libera a los demás codeudores. Esta pluralidad de garantías constituida para garantizar una sola deuda, tiene dos aspectos, según se le

considere en su aspecto exterior o en su realidad interna.

Frente al acreedor común todos los coobligados aparecen como deudores de toda la prestación garantizada. Con base en esta apariencia nuestro Código Civil faculta al acreedor para cobrar toda la prestación a cualquiera de los codeudores solidarios cuando en su artículo 1989 dice que "cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda...."

Pero en las relaciones interna entre los codeudores no vale la apariencia exterior sino la realidad interna. Es necesario ver si la causa de la deuda de cada deudor garantizada con su patrimonio entero igualmente existe para cada uno de ellos o si por el contrario existe sólo para uno o varios de ellos. En otras palabras, es necesario considerar distinta la causa de la deuda de la solidaridad. Si la causa de la deuda es común a todos los codeudores y si alguno ha pagado el todo, podrá repetir en vía de regreso lo que haya pagado en exceso de la parte de su deuda; si la causa de la deuda pertenece a uno solo de ellos y el pago ha sido hecho totalmente por él mismo, no tendrá ningún derecho de repetir. Si por el contrario, el pago ha sido totalmente por algún

codeudor que en realidad no es verdadero deudor, tendrá acción de regreso por el todo porque ha pagado una deuda ajena.

Si la deuda es común y uno ha pagado toda la deuda tendrá el regreso en virtud de que pagó más de lo que le correspondía pagar.

Para saber, pues si un codeudor tiene acción de regreso es necesario atender a las relaciones internas existentes entre ellos y no a la solidaridad como tal.

"La solidaridad está establecida, para asegurar mejor al acreedor dándole varias garantías en vez de una, excluido el *ius excussionis et divisionis*. Los que así se obligan son siempre garantes por una parte o por el todo."(21)

Con base en la solidaridad el acreedor puede ejercitar acción por el todo contra cada uno de los coobligados sean en realidad deudores o no lo sean. La causa *debendi*, es extraña a la relación de solidaridad y ésta es la única causa que debe considerarse en las relaciones internas entre varios codeudores.

(21) Rocco Alfredo, Ob . Cit.

2.2.3. SOLIDARIDAD ACTIVA

La doctrina civil tradicionalmente ha establecido un perfecto paralelismo entre la solidaridad pasiva y la solidaridad activa como si la esencia de ambas fuese la misma; pero en realidad son dos instituciones completamente distintas que obedecen a diferentes finalidades y funciones; la función de la solidaridad pasiva ya lo hemos visto antes, consiste en aumentar la garantía de una sola deuda poniendo a disposición del mismo acreedor varias garantías, es decir, varios patrimonios; por el contrario, la función de la solidaridad activa consiste en hacer más fácil el cobro al acreedor de su crédito. En otras palabras, la finalidad de la solidaridad activa es facilitar el pago o el cobro de una obligación.

El acreedor solidario es una persona a la que el deudor puede pagar válidamente tal como si pagase al verdadero acreedor. Así pues, en la obligación solidaria pasiva tenemos una deuda con varias garantías; en la activa tenemos una deuda y una garantía en la que el deudor tiene la facultad de hacer el pago a varias personas, esto es, a los acreedores que haya y éstos a su vez, tienen el derecho cualquiera de ellos, a hacer el cobro; por lo cual, podemos reconstruir la relación recurriendo al concepto de una autorización representativa mientras que no podemos recurrir a ella para explicar la

solidaridad pasiva.

Esta diversa función de una y otra solidaridad explica el por qué no se puede hacer perfecto paralelismo entre ellas; de ellos se deriva también que los modos de extinción de las obligaciones operen en ambas clases de solidaridad de distinta manera. Hemos visto anteriormente que en la solidaridad pasiva los modos de extinción que recaen sobre la deuda operan objetivamente quedando liberados todos los obligados puesto que tanto la deuda como las garantías han sido extinguidas. "En las obligaciones solidarias activas, sólo el pago y los demás modos que se le equiparen, operan objetivamente en virtud de que en la solidaridad activa los coacreedores no son sino personas autorizadas para exigir el pago quedando liberado quien paga aún cuando el pago sea en realidad debido a los demás coacreedores en todo o en parte. Aún en el supuesto caso que el coacreedor que recibe el pago nada tenga que ver en la deuda por haber nacido ésta, por ejemplo, de un mutuo celebrado por cualquiera de los otros coacreedores, el pago hecho a aquel será totalmente liberatorio aún frente al verdadero acreedor quien no podrá demandar al deudor si no logra obtener la restitución por medio de la acción de regreso. Así lo establece nuestro Código Civil en su artículo 1990 que el pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la

deuda."(22)

Lo mismo que se refiere a la remisión; artículo 1971: "la remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios.... extingue la obligación". De la misma manera se explica que cualquier acto que interrumpe la prescripción en favor de un acreedor solidario, la interrumpe también en favor de los demás coacreedores (Arts. 1174 y 2001).

2.3. CONCEPTO DEL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSION.

El beneficio de excusión consiste en el derecho que tiene de ordinario el fiador, de pagar únicamente en defecto del deudor principal; vale decir sólo subsidiariamente, cuando este último no puede hacerlo.

Art. 2814 del Código Civil.- El fiador no puede ser comprendido o pagar al acreedor. Sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

Art. 2815 del Código Civil.- 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

(22) Alsina Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición, Ed. Buenos Aires 1956. p. 233.

no se ha cubierto.

El código Napoleón y otros que siguieron sus pasos incluyeron en su legislación el beneficio de excusión. Además en dichos Códigos se consignaron una serie de disposiciones de índole más bien formal que delimitaban con mayor o menor precisión, la forma y condiciones en que dicho beneficio podía ser opuesto válidamente exigiéndose, verbigracia: que el fiador oponga el beneficio en los primeros actos del juicio entablado contra él o luego de serle requerido el pago que señale los bienes del deudor principal susceptibles de excusión y, aún más, que anticipe también las expensas necesarias para la ejecución contra este último.

En el C.C. de Alemania, a su vez, se establece el derecho del fiador a denegar el pago, mientras el acreedor no haya intentado, si éxito, la ejecución forzosa contra el deudor principal (art. 771 del B.G.B.); desprendiéndose de los propios términos de dicha disposición legal, que el acreedor tiene que demostrar el intento de ejecución forzosa y su falta de resultado positivo.

En cambio, en el Código Civil, Italiano de 1942 la fianza ya no constituye una obligación subsidiaria, exigible sólo en caso de incumplimiento del deudor principal, sino que éste y el fiador están obligados solidariamente al pago de la deuda; sin perjuicio de que las partes puedan convenir la excusión previa sobre los bienes del deudor principal en cuyo caso debe el fiador señalar los bienes de aquel que han de someterse a la ejecución.

En Argentina el Código Civil, se mantiene en el tradicional principio del beneficio de la excusión pues el texto legal dispone que "el fiador no puede ser compelido en pagar al acreedor, sin previa excusión de todos los bienes del deudor" (art. 2012). Por el contrario en materia comercial la solución es distinta siendo la norma que el "fiador o fiadores responden solidariamente como el deudor principal sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión..." (art. 480, Código de Comercio,.); aunque, como se trata de un principio que no es de orden público nada interfiere para que las partes convengan el mantenimiento de tales beneficios art. 872 C.C.

En el art. 2816, el C.C. Mexicano enumera los casos en que la excusión no tendrá lugar en los bienes del deudor principal. Estos son los siguientes.

I) Cuando el fiador renunció expresamente este beneficio; supuesto que no merece mayores comentarios, por ser una mera aplicación del principio de que puede renunciarse todos los derechos conferidos en miras de interés particular (art. 6, Código Civil).

II) En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor. En cuanto al primer caso, existe coincidencia entre los autores, en el sentido de que también debe computarse la quiebra, ya que la alusión solamente a la suspensión de pagos institución típicamente civil resulta incluso ajena a las relaciones comerciales siendo que dicha disposición debe interpretarse en un sentido aún más amplio, siendo suficiente que el deudor se hallen un estado de insolvencia notoria, para que el beneficio deje de tener lugar. En efecto, si bien otros autores se refieren a la "quiebra" es evidente que solo han querido aludir al estado de insolvencia o cesación de pagos que caracteriza precisamente a dicha institución en su fuero propio, el comercial, y ello se desprende, por lo demás de otras disposiciones del mismo.

"Por otra parte, fuera de los fundamentos legales, la razón de lo expuesto es obvia: si lo que se pretende es que pague primeramente el deudor, cuando éste se halla en situación

notaría insolvencia nada puede esperarse en tal sentido y, por lo tanto, carece entonces de razón de ser la exigencia de la previa excusión en sus bienes."

III) Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República, o sea, cuando el deudor este domiciliado en el extranjero y no posee bienes en el país (arts. 2839 FI); ya que entonces no sería posible la previa excusión en sus bienes.

IV) Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador. Siendo que éste se obligó como principal pagador; en cuyo caso queda equiparado a un deudor solidario en donde precisamente existe la privación de los beneficios de orden y excusión.

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

A continuación se enunciarán otras causas posibles en donde no opera la excusión, consideradas por el C.C. Argentino.

a) Si la obligación afianzada fuere puramente natural; en cuyo caso no existe acción contra el deudor principal.

b) Si la fianza fuese judicial; pues se ha querido que en este supuesto el fiador quedase estrictamente obligado, no sólo por respecto a la autoridad judicial, sino también por el interés de que esta clase de deudas no estuviesen suspendidas a sufrir el retardo de una discusión.

c) Si los bienes del deudor se hallasen fuera del territorio del Estado o de la Capital de la República, donde el Juez ejerza su jurisdicción; o sea, cuando el deudor carezca de bienes en el lugar de la jurisdicción del Juez que conozca del asunto.

d) O ...si estuviesen embargados por otro acreedor; o por el mismo acreedor, pero a consecuencia de otros créditos; o sea, en suma cuando no sean bienes libres.

e) ...Si dependieran en alguna manera de otro juicio; ya que entonces sólo serían bienes litigiosos y dudoso el derecho a su respecto del deudor y, consecuentemente, también el del acreedor.(23)

(23) Téllez Ulloa, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 27.

2.3.1. NATURALEZA JURIDICA

Tal como su nombre lo indica, la excusión es un beneficio, no funciona de pleno derecho ni impide que el acreedor dirija su acción oponiéndolo pero también puede no hacerlo, ya que ello es facultativo para el y mientras no lo haga atento ese carácter opcional, es indiscutible que el acreedor está legalmente habilitado para dirigir la acción directamente en su contra.

Se ha discutido si la excusión tendía a procurar el descargo y aún la liberación del fiador, si el deudor excutado tenía bienes suficientes para responder de la demanda. Hoy en día, sin embargo, se admite casi anánimemente que el objetivo principal de la excusión es de diferir el ejercicio de la acción contra el fiador, mientras dure la ejecución contra el deudor, pero sin excluirla enteramente, y en consecuencia que la misma funciona con carácter dilatorio, sin perjuicio de que, en manera indirecta, pueda producir también el efecto de liberar al excepcionante (o disminuir su obligación) si tiene éxito la excusión en los bienes del deudor principal.

2.3.2. EFECTOS DEL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSION.

La interposición del beneficio de orden y excusión produce los siguientes efectos:

a) El acreedor queda obligado a proceder contra el deudor principal y mientras así no lo haga, su acción contra el fiador resulta diferida; el primer efecto es, pues, procurar un plazo al fiador.

b) Además por este medio, se imputa la insolvencia futura del deudor al acreedor; ya que si éste ...es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador

c) En fin, por último, "se tiende a que el fiador no sea obligado a pagar la deuda, o al menos, a no tener que pagarla más que parcialmente pues en efecto, si los bienes excutidos no produjeran sino un pago parcial, el acreedor estará obligado a aceptarlo y no podrá reconvenir al fiador, sino por la parte insoluta. Vale decir que se consagra una excepción al principio de la integridad del pago, aún que justificada por la circunstancia de que la obligación del fiador es sólo de pagar en defecto del deudor principal." (24)

(24) Felix Alberto Trigo Represas, Revista de Jurisprudencia Argentina, Nº 7121, Año XX. Benos Aires Argentina, Miércoles 27 de Agosto de 1958.

2.3.3. PROCEDIMIENTO PARA SU INTERPOSICION

El C.C. no trae normas expresar sobre la oportunidad y forma de interposición del beneficio de excusión; lo cual apareja dudas en cuanto al procedimiento a seguirse no obstante que no faltan autores de derecho civil que no vacilan en sostener que el fiador debe denunciar los bienes del deudor principal, como también de tal denuncia debe hacerse inmediatamente de iniciada la acción.

Ahora bien si se admite que el beneficio de excusión funciona como excepción dilatoria, necesariamente ha de concluirse en que el mismo debe ser interpuesto en los primeros trámites del juicio y no después de la contestación de la demanda. Ello no implica que deba oponerse en seguida, "inlimine litis", como se ha sostenido en alguna ocasión sino más bien que el fiador no podrá ya oponer el beneficio, cuando su silencio frente a las acciones de que fue objeto han hecho presuponer su intención de continuar como contraparte del acreedor en la litis trabada, y tal sucedería, por ejemplo, si en un embargo trabado preventivamente contra el fiador, éste no hace ninguna oposición o se limita a discutir el mérito o la validez de la demanda, pero sin invocar el beneficio de excusión, en cuyo supuesto su silencio implicará consentimiento por lo tanto, y, tácita renuncia a aquel. Y la razón de lo

expuesto es evidente, no puede resultar equitativo que se moleste al acreedor cuando éste ha adelantado en los trámites del juicio contra el fiador y se encuentra, quizá, a punto de recoger el fruto de su acción; por ello la excusión debe proponerse cuando el acreedor no pueda ser perjudicado mayormente por el hecho de tener que dirigirse contra otro demandado.

2.4 CONCEPTO DE AVAL

Como su etimología indica, "aval" quiere decir "fianza". El avalista no puede intervenir en nada más que en este concepto, esto es, en el afianzamiento. Aunque, por su naturaleza, se trata de un acto puramente mercantil, no es preciso que el avalista sea comerciante.

El aval da la garantía objetiva del pago total o parcial del documento. Se dice que es una garantía objetiva, para subrayar que la persona que avala, o sea el avalista, se compromete a pagar en la misma forma que debería pagarla la persona a quien avala, que se llama avalado, aunque la obligación de esta última resulte inexistente por cualquier motivo. Se sobreentiende que la obligación del avalista no subsiste cuando la obligación principal no es formalmente válida.

La palabra aval, es una expresión usada en el comercio que significa, según Vidari, hacer valer, y según Vivante, la garantía dada a la forma cambiaria. Lupino opina que su sentido etimológico proviene de "avallo", firma puesta abajo, es decir, firma puesta bajo otra firma. Agosti opina que la palabra aval, deriva del latín "vallavis", vocablo que refiriéndose a documentos, designa un contrato bien garantizado y provisto de defensa.

El aval, palabra de oscuro origen, consiste en firmar un documento en señal de que se garantiza un pago. No es, sencillamente, como decía el derogado. Art. 496 del Código de Comercio, la "fianza mercantil" con que se garantiza dicho pago. La fianza implica una obligación subjetiva en cuanto por ella se afianza la obligación de un sujeto determinado, mientras que lo que se garantiza por medio del aval, es el pago del documento.

El avalista puede limitar su intervención a una persona, o puede extenderla a varias.

Necesariamente el aval debe constar por escrito, y,

generalmente, se extiende o estampa sobre el propio ejemplar del documento. Se constituye esta garantía anteponiendo las palabras "por aval", "avalada", "avalamos", u otra expresión semejante, pues ello carece de importancia, teniendo en cuenta que la firma de la persona que garantiza obliga al cumplimiento de la obligación en los términos en que se presta la garantía.

El aval lo define Langle, diciendo: "es una singular garantía (cambiaría) del pago del documento, después de que éste ha sido creado, muéstrase por escrito en la propia cambial, en forma limitada o ilimitada", y, como complemento, a esta definición se le añade: "la responsabilidad del avalista es solidaria y es igual en grado y extensión a la del avalado. Exceptuase el caso en que aquél le pone limitación expresa. Quien avala es, un obligado principal y directo.

El aval ha de prestarse necesariamente con fecha anterior al vencimiento de documento porque si cualquier persona lo hiciere después del vencimiento, la obligación es directa contra el avalista y se trata de la figura de la subrogación de carácter civil, mediante la que el avalista se coloca en lugar y grado del obligado al pago. Se trata, pues, en este caso, de una obligación fuera de la órbita del contrato de cambio, y el régimen establecido en las leyes mercantiles desaparece y se

constituye por la ley civil.

En cuanto a los efectos, son distintos según sea el aval general o limitado. El aval general, o indeterminado, es decir que esté concedido en términos generales y sin restricción, responderá el que lo prestare del pago del documento en los mismos términos y formas de la persona por quien salió garante; y con relación al limitado, si la garantía se limita al tiempo (en que sólo se garantiza el cumplimiento de la obligación por un tiempo determinado) o por una cantidad limitada, o en favor de una persona, es decir, condicionalmente, no producirá más efectos que en los términos en que está concedido el aval.

Más sencillamente, el aval condicionado o limitado no hace otra cosa sino exponer el convenio que se establece para garantizar al obligado directo.

Las reglas que hay que tener en cuenta respecto al efecto del aval, son las siguientes:

- a) El avalista asume una obligación cambiaria frente a cualquier tenedor legítimo.
- b) El tenedor puede dirigir su acción directamente

prescindiendo de las demás personas que intervienen en el documento.

c) La acción cambiaria contra el avalista puede ejecutarse durante todo el tiempo que la ley determina, antes de la prescripción.

Se juzga necesario que la garantía se otorgue con relación a todo tenedor del documento frente a quien debiera responder la persona avalada; porque "cabén restricciones en orden al alcance de las obligaciones pero no respecto a los sujetos que pueden exigirla".

Los efectos del aval son los generales de la fianza. Si el obligado en primer término no paga el documento, el avalista viene obligado a hacerlo. Ahora bien, eso no quiere decir que el tenedor de aquélla deba en primer lugar proceder contra el avalado, con arreglo al principio de solidaridad cambiaria, puede reclamar indistintamente de cualquier responsable de su pago. La extensión de la obligación es en principio la de la avalada; pero se admiten restricciones. El aval puede contraerse a menor suma; puede contraerse en un aspecto restrictivo, pues no hay precepto alguno que lo impida. Puede limitarse el tiempo, cantidad o persona determinada,

produciéndose entonces únicamente la responsabilidad que resulte de los propios términos del aval. Una vez hecho el pago del documento el avalista se subroga en los derechos del tenedor para reclamar del avalado, y de todos aquellos que cambiariamente fueron responsables con respecto a aquél.

"Hay quien entiende que cuando la garantía dada por el avalista está concedida en términos generales, produce una obligación solidaria aquél con el acreedor y que, precisamente, el aval se diferencia de las demás fianzas en que priva el derecho de excusión, salvo pacto en contrario; al avalista no se le impone precisamente la obligación solidaria con relación al acreedor, porque siendo el aval un afianzamiento mercantil, y, por lo tanto, un contrato en el que una persona se obliga a pagar por otra o a hacer en favor de la misma aquello a que se obligó siempre que ésta no pueda ejecutarlo, el dador del aval absoluto, sólo puede ser compelido por el deudor principal en defecto de éste, a no ser que hubiera renunciado al beneficio de excusión o se hubiere obligado solidariamente.

Cuando el aval no contenga restricciones, responderá el avalista en los mismos casos y formas que la persona por quien salió garante, por lo tanto, es lógico que el portador pueda dirigirse indistintamente, a su elección, contra el uno o el

otro, lo que entraña la responsabilidad solidaria de ambos. Si no fuere así, es decir, si el avalista respondiera en subsidio de aquél a quien afianzó, la naturaleza especial de la institución quedaría desvirtuada.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo afirmado, las acciones que existan contra el avalado son las que pueden ejercitarse contra el avalista. Puede por lo tanto, el portador del documento, ejercitar la acción ejecutiva contra el avalista, lo mismo que puede hacerlo contra el deudor principal, y, en general, contra los demás obligados solidarios.

El problema se presenta cuando un avalista paga por haber sufrido la acción de un acreedor legítimo, en vía directa, si era avalista del obligado principal.

La cuestión tampoco ofrece duda. El avalista que pagó, tiene acción cambiaria contra los que están obligados con éste en virtud del mismo. Ello quiere decir, que la acción cambiaria del avalista, se dirige contra el avalado. En definitiva, el avalista que pagó por expresa disposición de la ley, tiene la situación de cualquier acreedor legítimo del

documento. (25)

Puede avalar, en general, toda persona que tenga plena capacidad cambiaria.

Puede ser avalado cualquier obligado cambiario. Cuando en el aval no se determina la persona a quien se está avalado, la ley supone que se está avalado al obligado principal.

"El aval supone la existencia de una obligación que adquiere el avalista frente a cualquier acreedor legítimo del documento. Así se deduce que el avalista queda obligado solidariamente con la persona a quien se presta el aval. Por lo tanto, no hay razón alguna que impida que las acciones se dirijan simultáneamente o indistintamente contra el avalado y contra el avalista en el ejercicio de la acción respectiva, precisamente, por este concepto de la solidaridad.

La acción contra el avalista estará sujeta a los mismos términos y condiciones a que está sujeta la acción contra el avalado, de conformidad con lo expresado en el artículo 116 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. No podrá

(25) Ruiz Abarca Francisco. Supletoriedad de la Ley Procesal Civil en el Proceso Mercantil. Tesis Universitaria, México, 1970 p. 17.

oponer otras excepciones que las que se desprenden del Art. 8, de la misma Ley pero ello no quiere decir que el avalista no pueda invocar las especialísimas condiciones en que haya prestado el aval de conformidad con lo expresado en el Art. 112 de la ley en referencia. La acción contra el avalista prescribe en razón a la prescripción señalada, en general, para la letra de cambio." (26)

El Art. 115 de la misma ley, concede acción al avalista contra la persona a quien haya avalado y contra los que están obligados con éste.

Frecuentemente el avalista presta el aval por haberse obligado con el avalado a garantizar su deuda: en este caso, el avalista, aunque no obre cambiariamente contra el avalado, puede hacerlo siempre sobre la base de la relación de garantía que media entre ellos. Pero no siempre es así, y por eso el avalista que quiere proceder contra el avalado, con acción distinta de la cambiaria (por ejemplo, porque ésta ha prescrito), debe demostrar que entre él y el avalado han mediado relaciones que justifican la acción.

(26) Alsina Hugo, Ob. Cit. pp. 38-42.

La obligación del avalista es, como toda otra obligación cambiaria, una obligación autónoma; su validez, por lo tanto, no se perjudica por la eventual invalidez de otras obligaciones cambiarias. Es válida aunque la obligación del avalado sea nula, sin más excepción que la relativa a la hipótesis de la nulidad de la obligación del avalado por vicios de forma.

Cuando se trata de nulidad por vicios de forma, la suerte de la obligación del avalista depende de la de la obligación del avalado; pero cuando ésta es nula por un vicio diverso del de forma (por ejemplo, cuando la firma del avalado es falsa, o cuando su obligación es nula como asumida por un incapaz), su invalidez no perjudica la obligación del avalista. En este caso se revela la autonomía propia de la obligación cambiaria y su diferencia respecto de la obligación del fiador, que sólo está obligado en caso de estarlo válidamente el deudor a quien garantiza.

El acto de aval no necesita de una formalidad precisa, sino que bastará con que quiera expresarse, y prestarse, y, sobre todo que no pueda dársele otro significado, es decir, que no pueda confundirse con el endoso, o con otra forma de las admitidas para la significación del documento. (27)

(27) Francisco López de Goicochea, La Letra de Cambio México, Ed. Porrúa 1964 pp. 141 a 158.

CAPITULO III

ANALISIS

3.1. ANALISIS DE LA SOLIDARIDAD.

Para que en las obligaciones solidarias opere el principio de orden y excusión es necesario estudiar las características con las cuales se contrajo la obligación, por tal motivo expondré los posibles casos en donde figura la solidaridad, puntualizando lo que establece la ley y analizando desde un punto de vista lógico lo inequitativo que representa la solidaridad en algunos casos.

El Código Civil, en su artículo 1987 define a la Solidaridad como una especie de la mancomunidad, dividiendo a aquella en activa y pasiva; habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

Analizando el concepto de obligación solidaria pasiva, el Código Civil establece; y "habrá solidaridad pasiva cuando dos o mas deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida", tomando en cuenta que la obligación se divide en deuda y garantía, y al hacer mención de deudores, se deben considerar a estos como los sujetos que intervinieron en la deuda y siendo que los avales únicamente intervienen en la garantía, estos deben considerarse como coobligados y no codeudores con respecto del acreedor, así pues si un aval interviene en una obligación, esta se considera solidaria y en esta existirían un deudor que sería el obligado principal y un obligado que sería el aval y como este no intervino en la deuda no se considera codeudor del principal sino que únicamente coobligado.

Al considerarse codeudores en la obligación, todos estos deberían de tener participación en la deuda y por lo tanto un interés y beneficio, entonces el aval no engendraría una obligación solidaria puesto que el aval no interviene en la deuda. Por otra parte si tomamos como sinónimo el concepto de coobligado y codeudor, en este artículo se englobarían diferentes tipos de relaciones donde la obligación se coincidiría solidaria sin tener las características y condiciones necesarias para que verdaderamente fuese una

obligación de tal naturaleza. En este artículo al hacer mención de la solidaridad pasiva únicamente establece las características de esta, dejando un gran espacio para que diferentes clases de obligaciones se encuadren en la solidaridad sin tener la esencia de la obligación solidaria, tal y como pasa con el aval que se obliga con una esencia subsidiaria y por tanto con el beneficio de orden y excusión. Por tal motivo es necesario establecer la diferencia entre codeudor y coobligado, y al respecto al Código Civil acertadamente marca el concepto de codeudor, siendo el error que estos dos conceptos se manejan como sinónimos.

En este caso del aval, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo considera cuando interviene en una obligación como solidario siendo que el aval tiene una naturaleza subsidiaria tomando en cuenta el fin que este tiene en este tipo de obligaciones y que es como al igual que la Fianza, el de responder en efecto del deudor principal y por lo tanto tener el beneficio de orden y excusión dado la naturaleza y el fin del aval, por tal motivo resulta inexplicable, el hecho de que la ley coincide de igual manera a un sujeto que se obliga a pagar un crédito el cual ha obtenido y a otro que interviene sin una obligación de por medio ante el acreedor y hasta antes de firmar para asegurar su buen fin, tan es así que

el mismo aval puede sin la intervención de otra persona y sin presión de ningún tipo indicar el monto de lo que avalara pudiendo este ser de lo más insignificante y mínimo, sin tener el acreedor o deudor ninguna facultad o derecho de influir en la determinación del aval.

3.2. ANALISIS DEL ORIGEN DE LA OBLIGACION SOLIDARIA.

El origen de toda obligación se encuentra en el desequilibrio que se produce en la consistencia de dos patrimonios mediante el traspaso voluntario y lícito de un valor de uno de ellos al de otro.

Su cualidad esencial consiste en una tendencia absoluta al restablecimiento de ese equilibrio roto, es decir, que hay un enriquecimiento producido en mi patrimonio lo que exige la compensación por mi parte del valor que he recibido, siendo yo por esto mismo deudor y el otro acreedor.

Este principio lógico de el origen de las obligaciones se encuadra en las obligaciones solidarias en donde los deudores han obtenido un enriquecimiento y reportan una obligación de compensarlo, pero no en aquellas obligaciones solidarias las cuales el coobligado solidario es el aval puesto que este no obtienen ningún enriquecimiento y por tal motivo no debe

ninguna compensación.

Por otra parte si el aval se compromete a responder por el deudor, este debería de ser requerido de pago en defecto del deudor principal ósea subsidiariamente y no a elección del acreedor.

Este punto de vista es el que se utiliza en la fianza el cual creo que esta bien empleado y en comparación con la figura del aval no existe más diferencia en términos generales que la inexplicable solidaridad en el aval y la obligación subsidiaria en la fianza.

En efecto; en el origen de las obligaciones el deudor se ha enriquecido material o moralmente con la prestación que debe el acreedor, por cuya razón el patrimonio de éste ha sufrido un desequilibrio comparado con el del primero. El derecho no puede permanecer ajeno a ese desequilibrio y, mediante un criterio de equidad, tiende a restablecer el equilibrio cumpliendo al deudor a cumplir su prestación o a sustituir ésta por medio de una cesión coercitiva de aquella parte de su patrimonio que baste para compensar el valor pecuniario de la prestación cumplida.

Hay aquí un principio de igualdad jurídica, con inclinaciones hacia la igualdad social.

En consecuencia si por cualquier circunstancia el acreedor hace desequilibrar el patrimonio del deudor por exigir de este más de lo que en cambio le dio, la equidad jurídica debe intervenir para evitarlo.

3.3. DIFERENTES TIPOS DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y LA APLICACION DEL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSION EN ESTAS.

A) En las obligaciones solidarias en donde los sujetos que integran el lado pasivo son socios o se obligan conjuntamente, atraídos por un interés y beneficio común, siendo cada uno de estos codeudores y coobligados con respecto al acreedor común, la solidaridad existe y nace de una forma espontanea y natural, en este caso no opera el beneficio de orden y excusión por el motivo de que todos los deudores solidarios tenían un interés en la realización de la obligación, y ese interés resulto de un beneficio que todos disfrutaron al obligarse. En este caso el acreedor tiene el derecho de solicitar el cumplimiento de la obligación a cualquiera de los deudores indistintamente.

En estas circunstancias cada uno de los codeudores tiene una imposición y exigencia moral de guardar una conducta que sera el cumplimiento de la obligación, aparte de la exigencia

legal, por el motivo de que todos obtuvieron un beneficio en la celebración de la obligación, todos participaron en la deuda y la garantía.

En mi punto de vista esta es la forma en donde la solidaridad representa su concepto más puro, justificando su razón de ser.

En este tipo de obligaciones los acreedores solidarios tienen el mismo derecho y los deudores reportan la misma obligación, es una obligación común, cada obligado no tiene interés por su totalidad, tal interés se divide entre todos, y hay, en consecuencia, entre los deudores solidarios un vínculo común y un interés indiviso.

Esto demuestra que las relaciones de los deudores con el acreedor, los obliga de tal manera como si cada uno de ellos fuera el único deudor; pero que en sus relaciones entre sí cada uno está obligado solamente por la parte que le corresponde.

En otros términos, la obligación es solidaria respecto del acreedor y los deudores, es simplemente conjunta respecto de los deudores entre sí, y los constituye responsables sólo por la parte de la deuda que a cada uno corresponde. De este

principio se infiere lógicamente la consecuencia de que el deudor solidario que paga por los demás, debe ser indemnizado en la parte respectiva. Por la misma razón, si el negocio por el cual se contrajo mancomunadamente la deuda no interesa más que a uno de los obligados solidarios, es responsable de toda ella a los demás coobligados, que en respecto a él solo se consideran como sus fiadores.

B) En las obligaciones solidarias en donde solo uno de los deudores tiene interés en la realización de la obligación y los demás coobligados son simples garantes, (avales los cuales implican un reforzamiento de garantía que viene a potenciar la confianza en el cumplimiento de la obligación).

En su conjunto este grupo de sujetos pasivos no tiene un interés y beneficio común a excepción del obligado principal el cual es el único interesado, siendo entre estos coobligados únicamente y no codeudores pues los avales o garantes intervienen en la obligación únicamente en la garantía y no en la deuda.

En este caso considero que la esencia de la obligación es subsidiaria y no solidaria tomando en cuenta las características y motivos por los cuales los avales se

obligaron a responder en el caso de insolvencia del deudor principal.

En la mayoría de las obligaciones donde interviene un aval, este se obliga convencido de que el deudor principal no tendrá problema en cumplir su obligación y firma con la idea que es un mero requisito del acreedor, de otro modo resultaría ilógico que alguien se obligará con otra persona sin haber obtenido un beneficio ni tener interés en la realización de la obligación.

3.4 LA LESION EN LA SOLIDARIDAD

El Código Civil al referirse a la Lesión en su artículo 17 establece lo siguiente:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia notaría inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o al reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

La lesión consiste en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico.

En las obligaciones solidarias, según lo que el código expone con relación a la lesión es mucho más desproporcional e inequitativo la relación que existe entre un aval y el acreedor, que la relación entre personas que celebran un determinado contrato, por la razón de que éstas tiene un motivo por el cual contratan y se obligan recíprocamente obteniendo un beneficio y provecho desproporcionado, pero al fin y al cabo algún proveedor."(28) La lesión en la relación del aval con el acreedor resulta mucho más marcada, por la suculenta razón.

En cualquier obligación cada una de las partes concede su prestación, porque espera recibir de la otra algo equivalente a cambio de lo que da, ambas relaciones deben mantenerse dentro de cierto equilibrio; lo cual no sucede ni en lo más mínimo en el caso del aval, pues este se compromete a solventar y cubrir una obligación que no es suya, estando deprovista esta relación de equilibrio y naturalmente de inequivalencia entre lo que se da y lo que se obtiene.

(28) Ruiz Abarca. Ob. Cit. p. 233.

Todo esto sin mencionar que en la mayoría de los casos que una persona se presta como aval lo hace con suma ignorancia de las consecuencias que tendrá pasando en primer término que el avalado podrá cumplir su obligación, en segundo lugar que en caso de que la obligación no se cumpla espontáneamente el acreedor requerirá de cumplimiento primero al deudor principal y en caso de insolvencia de este podrá requerir al aval, de otra manera es ilógico que alguna persona se comprometa a pagar o a cumplir alguna obligación en la cual no obtuvo ningún beneficio.

Por lo que se refiere a la notoria inexperiencia, es común que las personas se presten de aval cuando no tienen el antecedente de que por esa causa hayan tenido que ser obligados a pagar o a cumplir una obligación, sin haber requerido antes al deudor principal, porque sería ilógico que una persona que tuvo que pagar una obligación que no le correspondía se preste a las mismas condiciones que acarrearían naturalmente los mismos riesgos.

Por último tendría que encuadrar la extrema miseria, pero considero que en estas circunstancias ningún acreedor aprobaría la intervención como aval de cualquier persona que no sirva como garantía.

"La lesión se encuadra entre los vicios de la voluntad, porque la existencia misma de la desproporción en las prestaciones es evidencia de que uno de los contratantes consistió en el acto por estar bajo el influjo de motivos extraños que desviaron su voluntad: el perjudicado por la lesión obró por ignorancia o por inexperiencia.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la lesión, en sí, es una inequivalencia de prestaciones que, si bien puede provenir de un vicio de la voluntad, no es vicio de la voluntad por sí misma, es la consecuencia de la voluntad viciada y no el vicio mismo.

Por lo que respecta a la lesión en las obligaciones solidarias y particularmente en la figura del aval, el código de comercio establece que en materia mercantil no existe protección legal para los débiles por causa de lesión; conforme al artículo 365 del código de comercio "Las ventas mercantiles no se rescindiran por causa de lesión".

En materia civil es común que en los contratos exista solidaridad pasiva cuando para garantizar el cumplimiento de la obligación se nombra un fiador que renunciando al beneficio de orden y excusión tiene las mismas características que el aval

y por lo tanto adquiere la solidaridad, en este caso, y tomando en cuenta el artículo 6 del código de comercio que "sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". Y tomando en cuenta que la solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes, en este caso el que renuncia al beneficio de orden y excursión lo manifiesta y se obliga de esta manera no existiendo la suma ignorancia. Por lo que no se encuadraría la lesión.

En resumen la lesión no opera en las obligaciones solidarias civiles ni mercantiles puesto que en las mercantiles la ley marca que no existía protección para el lesionado, y en las cuales la obligación nace de la voluntad expresa de quien se obliga de esta manera". (29)

3.5 DIFERENCIA ENTRE GARANTIA CIVIL Y GARANTIA MERCANTIL

En nuestra legislación se ha prescindido de analizar las diferencias entre la fianza civil y la comercial y lo que es muy importante también, la naturaleza de la solidaridad cambiaría, que nada tiene que ver con la solidaridad del derecho civil, por cuanto a la solidaridad del derecho de

(29) Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles
Ed. Harla México, 1984 pp. 106 a 112.

cambio y el aval, por sus características y efectos, son instituciones propias, peculiares y exclusivas del derecho y la legislación cambiaria. De ahí, que la solidaridad cambiaria si autoriza la ejecución conjunta de los diversos obligados, inclusive el avalista, así como también el proceder individualmente con cada uno de ellos, cualquiera que sea. El aval es una garantía instituida por el derecho de cambio y que se rige por sus propias prescripciones. Es una garantía personal de pago del documento, que agrega un deudor más al mismo puede decirse que el aval es un tipo de garantía propio y exclusivo del derecho cambiario, con el propósito de facilitar la emisión y la circulación de un título que tanta importancia reviste en las operaciones de comercio, se dice que la legislación universal ha creado una especie de caución - el aval - que apartándose de la estructura general del contrato de fianza, presenta por su carácter y condiciones propias, mayores seguridades y medios más expeditivos y rápidos que los que ofrece aquel contrato en las transacciones ordinarias.

Por lo que se deduce que el aval no es una fianza e importa una obligación cambiaria idéntica a la de los demás firmantes del documento e igual a la que toma la persona o personas garantizadas.

El aval, no obstante que su fundamento es de garantía, es un acto jurídico unilateral, abstracto y completo, de naturaleza cambiaria, que obliga en forma autónoma, distinta y personal a quien lo da (AVALISTA) por el pago de la obligación mercantil. Su concepto es el que corresponde de acuerdo con las conclusiones de la ciencia comercialista.

"El carácter o naturaleza de la solidaridad del derecho cambiario, establece y considera que la única obligación solidaria entre los garantes de un documento es la de los codeudores, colibradores del documento. No son pues codeudores los avalistas, por que no habiendo prometido la misma cosa, siendo diversas sus promesas cambiarias y obligaciones no puede existir solidaridad entre ellos.

La solidaridad que se establece entre los diversos coobligados cambiarios es la llamada solidaridad imperfecta, por que en ella las reglas consagradas por el derecho común sufren una desviación motivada por lo accidental de la unión de los deudores y por ser establecida tal solidaridad entre personas que no obtienen un beneficio común, a diferencia de la solidaridad perfecta creada entre personas unidas por un interés común y que tienen frecuentes relaciones."⁽³⁰⁾

(30) Zamora Pierce Jesus Ob. Cit. p. 137.

Es interesante destacar y puntualizar la naturaleza particular de la solidaridad cambiaria y la diferencia entre ella y la solidaridad común, los caracteres propios de la primera son: Unión accidental en un mismo instrumento de crédito; desconocimiento o desvinculación personal de los diversos obligados entre sí; y ausencia de un interés común entre ellos. En mérito de estas conclusiones, puede decirse que no se explica por qué de acuerdo con las disposiciones del código civil, el acreedor o cada acreedor o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos, siendo que por las características mencionados por lo menos los obligados deberían tener el beneficio de orden y excusión y por el contrario en la solidaridad civil la unión de los codeudores no es accidental, esta es provocada por ellos mismos; existe vinculación y conocimiento personal de los diversos codeudores entre sí, y el interés es común entre ellos. Por lo cual se explica que el acreedor tenga derecho a exigir el cumplimiento a cualquier codeudor o a todos estos juntos.

En la solidaridad perfecta la deuda se divide entre todos los obligados por partes iguales, si otra cosa no se hubiere convenido, pudiendo el deudor que ha pagado el total de la

obligación exigir la parte que le corresponde a sus codeudores, y si alguno resultará insolvente, todos contribuirían por igual a sufragar su cuota.

Por otro lado en la solidaridad imperfecta o cambiaria el coobligado (AVAL) que pagará la deuda en lugar que el deudor principal tendrá el derecho de exigir el total del monto de la obligación a este.

Por la razón de que el deudor principal ha gozado o convertido en su provecho la parte total de la deuda, y solo el que resulte en definitiva haber enriquecido su patrimonio con la cantidad dada por el acreedor, es y sera el deudor final del importe del documento, obligado a soportar el total de la deuda.

La solidaridad común es relativa a una única obligación contraída por varias personas, obligación que es solidaria porque en ella está expresa la solidaridad en términos inequívocos ó por que expresamente la ley la haya declarado solidaria. La solidaridad cambiaria resulta de la ley exclusivamente, y cada uno de los que firman el documento contrae una obligación distinta y personal y es garante de la suma total.

La solidaridad cambiaria tiene pues de la solidaridad el nombre pero no produce los efectos de la solidaridad común.

3.6 VERSATILIDAD DEL DERECHO MERCANTIL.

La actividad comercial requiere de un sistema legal que con disposiciones adecuadas, permita la agilidad y versatilidad suficientes en sus operaciones sin perder seguridad. Por ello, la habilidad negocial, siempre habida en la actividad del comerciante, se vio frenada y obstaculizada considerablemente por las formalidades acompañantes de las figuras civiles para el intercambio de bienes; esa situación las hizo poco accesibles para regular y supervisar legalmente dicha actividad.

En esas condiciones, el Derecho Civil no tuvo más alternativa que la de reconocer la independencia del Derecho Mercantil; uno y otro con distintos ámbitos de aplicación; el primero para relaciones generales carentes de contenido comercial; el segundo, por su parte, para relaciones emanadas del comercio y de contenido con él relacionado.

"El Derecho Mercantil nace y posteriormente, subsiste como derecho especial frente al Derecho común o civil del primero se afirma corrientemente que constituye una categoría histórica.

Lo cual se comprende por varias razones. en primer lugar, porque el Derecho Mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre, sino que, por el contrario su aparición se produce en un momento histórico determinado. En segundo lugar, porque nace como rama del Derecho privado al lado del Derecho civil, por circunstancias y exigencias históricas. Y, finalmente, porque su transformación hasta alcanzar su contenido actual es el resultado de una serie de factores (económicos y políticos-sociales) de gran relevancia surge como Derecho especial para satisfacer concretas exigencias de la realidad económica. Exigencias que, a partir de un momento histórico determinado, no fueron debidamente atendidas por el Derecho civil.

Su nacimiento se explica, desde el punto de vista económico, por el florecimiento del comercio, y desde el punto de vista jurídico, por la rigidez del sistema romano y la insuficiencia de la instituciones que regulaba.

La emancipación del Derecho Mercantil respecto del Civil trajo como consecuencia que el Derecho Privado experimentara la división de su contenido en ambas disciplina. (31)

(31) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil. Porrúa, S.A. México 1990. pp. 14-15.

CAPITULO IV DE LA GARANTIA

La obligación, en Derecho moderno, se ha despersonalizado. En el antiguo Derecho Romano el deudor respondía del cumplimiento de sus obligación con su persona; si no cumplía, el acreedor tenía derecho a venderlo, a hacerlo su esclavo, etc.; es decir, las obligaciones tenían como garantía la persona misma del deudor. En derecho moderno ya no es así; la obligación, se dice, se ha despersonalizado; más que presentar la obligación presenta dos patrimonios frente a frente. El deudor no responde ya del cumplimiento de sus obligaciones con su persona; responde, ahora, con sus bienes. El patrimonio del deudor, en consecuencia es la garantía de los acreedores. Esta es la tesis general. También se dice que el patrimonio va variando y los acreedores no pueden salva alguna excepción, intervenir en la gestión del patrimonio de su deudor y puede ocurrir que en un momento dado el patrimonio del deudor sea insuficiente para cubrir las obligaciones a su cargo.

4.1. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

Entendemos por contrato principal aquél que tiene autonomía jurídica propia; es decir, el que no depende de otro contrato o de alguna obligación preexistente para existir. Es

un contrato que existe y subsiste por si mismo, porque tiene su propia finalidad jurídica, porque tiene autonomía jurídica. En cambio, el contrato accesorio es un contrato que depende, necesariamente, de otro contrato o mejor que de otro contrato, de una obligación preexistente, obligación que pudo haber tendido una fuente contractual. De todos modos, ese contrato no tiene autonomía, es un contrato que depende de algo preexistente.

En nuestro Código Civil encontramos tres contratos accesorios, que son contratos de garantía; contrato accesorio, es decir, una cosa secundaria; contrato de garantía, es decir, algo que sirva para asegurar el cumplimiento de una obligación, ahora bien, no todo contrato accesorio tiene que se de garantía. Dentro del mismo Código Civil encontramos contratos accesorios distintos a los de garantía, así el mandato irrevocable, reglamentado en el artículo 2596, es accesorio, lo mismo cabría decir del subarriendo, reglamentado por lo artículos 2840, 2841 y 2842. Los tres contratos de garantía son: fianza, prenda e hipoteca. Define el artículo 2794 la fianza diciendo: "Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, si éste no lo hace". En materia de prenda dispone el artículo 2856: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble

enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación garantizada, a ser pagado por el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la Ley".

Se ve que estas definiciones legales encajan perfectamente dentro de la idea que hemos dado de contratos accesorio. No podemos concebir la existencia de lo accesorio sin suponer previamente la existencia de lo principal. No podríamos concebir un contrato de fianza, de prenda o de hipoteca aislados siempre, forzosa, fatalmente, debemos concebir estos contratos relacionados con una obligación preexistente o llamada a existir a la cual sirven de garantía, respecto de la cual aseguran el cumplimiento. Es una cosa que repugna a la misma lógica la existencia de esos contratos concebidos independientemente.

De lo anterior se desprende el origen inexplicable del porque el val se considera obligado solidario.

Pero aunque la naturaleza del aval sea mercantil es inequitativo que se considere a la par con el deudor principal.

Por otra parte cabe señalar que el aval se considera una obligación independiente a la que contrae el avalista con el

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

acreedor y no una obligación accesoria como lo es la fianza. Criterio que no se adecúa a la naturaleza del concepto de garantía, puesto que el aval supone y a su vez la existencia de una obligación preexistente que extinguida esta por consecuencia la obligación del aval deberá correr la misma suerte. (32)

4.2. GARANTIAS PERSONALES

Este tipo de garantías la dan las personas mismas. La fianza en una seguridad personal, no la única; la solidaridad es también, si ser un contrato, una garantía personal.

Anteriormente ya he señalado el concepto de la solidaridad, por lo que pasaré a exponer el de la fianza y con esto abarcar lo que son las garantías personales.

4.2.1 LA FIANZA

La fianza es una seguridad personal; el acreedor, en vez de correr el riesgo de la insolvencia de su deudor, hace añadir a su deudor otro deudor accesorio, y aumenta sus posibilidades de pago; será más difícil que dos personas queden en la insolvencia a que una de ellas quede en ese estado, y el

(32) Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A.C. México, 1990 pp. 42-43.

acreedor puede cobrar de cualquiera de los dos o de ambos.

Definición. El artículo 2794 define la fianza diciendo que "es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace". El contrato de fianza, por tanto, se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor; éste no es parte en el contrato de fianza; el contrato se celebra entre un acreedor y un tercero, que es el fiador. El tercero se compromete, se obliga frente al acreedor a pagar en defecto del deudor si el deudor no cumple. Entonces el fiador pagará, cumplirá por el deudor.

Es accesorio; esta es la característica fundamental; todos los de garantía son accesorios; por eso es que la causa de terminación de los contratos accesorios, es la misma que la de los contratos principales, porque extinguida la deuda principal, se extingue también el contrato de garantía. No se puede concebir la existencia de lo accesorio sin que exista lo principal, lo fundamental.

El fiador contrae frente al acreedor obligaciones; la de cumplir si el deudor no lo hace; no tiene un beneficio, una ventaja; solamente una carga, la obligación de pagar, de

cumplir por el deudor si éste no lo hace. El contrato es gratuito porque no hay reciprocidad en los provechos y en los gravámenes, sino que los beneficios son para el acreedor; las cargas para el fiador.

La ley no exige sino que el consentimiento se manifieste de una manera expresa. El Código Civil dispone que la fianza debe ser expresa en los artículos 2808 y siguientes. No establece el Código ninguna formalidad para la validez del contrato de fianza, pero sí exige que el contrato se exprese, es decir, no es preciso que se otorgue esa palabra sacramental "me constituyo fiador" y "otorgo fianza", pero la intención de las partes debe desprenderse de manera clara, que una de las partes, el fiador se obliga a cumplir por el deudor si éste no lo hace.

Extensión de la responsabilidad del fiador. a) El fiador ha contraído la obligación accesoria de cumplir con la obligación del deudor si éste no cumple, la extensión de su responsabilidad; dice el artículo 2799: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se

obligó por otro tanto". El artículo, en realidad, por lo menos el encabezado, saldría sobrando, porque del carácter accesorio del contrato se desprende que el fiador, que es un deudor accesorio, secundario, no puede estar obligado a más de lo que está obligado el deudor principal.

Los tratadistas franceses - Planiol, Jossierand- que coinciden que la fianza puede subsistir a pesar de que la obligación principal se anule; o pueda no subsistir; que todo depende de cual haya sido la intención de los contratantes; así si el fiador otorgó la fianza precisamente para cubrir al acreedor del riesgo de que su deudor esgrimiese esa excepción que le es puramente personal, como por ejemplo, la incapacidad, que sólo puede ser invocada por el incapaz, entonces el fiador, al otorgar la fianza con conocimiento de que la obligación principal ha sido otorgada por incapaz, está en realidad cubriendo el riesgo al acreedor; luego, la fianza debe subsistir. El fiador debe conocer que garantiza la obligación de un incapaz, pues de otra manera habría un vicio, un error, el desconocimiento de la incapacidad del deudor principal por parte del fiador, quien podría nulificar su obligación porque el consentimiento ha sido manifestado en forma viciada; hay un vicio del consentimiento que produce la invalidez de la obligación del contrato de fianza. Este es el antecedente en

Derecho Francés.

Regla general: la fianza no puede existir sin una obligación válida, con respecto al párrafo segundo encontramos así, entre otros.

"La regla general para celebrar el contrato de fianza es que todas las personas son hábiles para celebrarlo; van a contraer una obligación de pagar, pero no contraen esa obligación respecto de cierto bien determinado. Por eso no necesitamos una especial capacidad de disposición; basta la capacidad general porque vamos a ver que la ley exige ciertos requisitos para ser fiador. Si la función del fiador es precisamente cumplir por el deudor si éste no lo hace, la ley dice: estos son los requisitos para ser fiador: 1º) Que sea capaz; 2º) Que éste domiciliado en el lugar; 3º) Que tenga bienes insuficientes. Sin embargo, existe alguna excepción que establece el Código Civil." (33) Hay ciertas incapacidades para celebrar el contrato de fianza. Dice el artículo 174: "La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato". 175: "También se requiere autorización judicial para que la mujer sea fiadora de su marido o se obligue

(33) López Aniceto. Ob. Cit. p. 324.

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 fin de que su esposo obtenga la libertad".

Requisitos para ser fiador. Dice el artículo 2802: "El obligado a dar fiador debe presentar personal que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse". Esa obligación puede nacer de la ley; entonces, será una fianza legal; puede nacer de un convenio; B, arrendador, le dice a que debe darle fiador para ese contrato; entonces los requisitos tanto para el fiador legal como para el convencional, son los mismos. Lo que importa es que el deudor está obligado a dar fiador, poco importa que la fuente de su obligación sea la ley o un convenio.

2803: "En las obligaciones a plazo o de prestación periódica, el acreedor podrá exigir fianza, aún cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado el deudor sufre menoscabo en sus bienes, o pretende ausentarse.

Relaciones entre fiador y acreedor. Vamos a referirnos a los efectos del contrato de fianza entre los contratantes. La obligación fundamental del contrato de fianza es que el fiador cumpla por el deudor si éste no lo hace. Es decir, la obligación, la obligación del fiador lo es sólo en defecto del cumplimiento del deudor principal; esto es lo normal; el fiador -no- puede ser compelido a pagar ni puede ser demandado antes de que sea demandado el deudor, porque el fiador es un deudor accesorio; es un deudor que va a cumplir a falta del cumplimiento del deudor principal. Pero el fiador puede obligarse a cumplir antes, incluso, que el deudor principal y, generalmente en los contratos de fianza, el fiador renuncia a lo que se llaman "sus beneficios".

"Beneficios del fiador. Normalmente son dos: el de orden y el de excusión; cuando hay pluralidad de fiadores hay otro; el de división. Vamos a referirnos a esos beneficios.

1.- Beneficio de orden. Dice 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 fiador, se ha obligado frente al acreedor a cumplir con la obligación del deudor si éste no cumple; es un deudor

principal; por regla general, el fiador no puede ser obligado a cumplir antes que el deudor; por eso goza de esos beneficios. Beneficio de orden, no puede ser demandado sin que antes, dice el artículo, sea reconvenido el deudor, sin que previamente sea demandado el deudor principal. Si el fiador es perseguido por procedimientos judiciales por el acreedor, puede excepcionarse, oponer al acreedor el beneficio de orden.

2.- Beneficio de excusión. Habiendo sido ya demandado el deudor principal y el fiador, y obtenido sentencia contra ambos, el fiador puede todavía defenderse y decir: No, no puedes embargarme bienes ni proceder coactivamente contra mí, procede primero contra el deudor; yo soy fiador simplemente. La excusión consiste. En que el acreedor debe, primero, tomar todos los bienes del deudor principal y aplicarlos al pago de la deuda. Este beneficio es muy importante para el fiador, porque normalmente disminuye la responsabilidad suya; sólo quedará obligado por el defecto y, si son suficientes los bienes del deudor, queda librado."(34)

Pero el fiador puede renunciar a estos beneficios. El beneficio de excusión, en realidad es una excepción dilatoria: no va al fondo del asunto: simplemente detiene el procedimiento

(34) López Aniceto. Ob. Cit. p. 327.

del acreedor: No puedes compelirme a pagar; no puedes tomar mis bienes y pagarte la deuda, tienes que hacer primero eso con los bienes del deudor. Vamos a ver cómo puede el fiador oponer esos beneficios. Artículo 2817: " 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". En esto se funda la consideración de que es una excepción en primer lugar; en segundo, que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago. Esta fracción necesita explicarse porque dice algo inexacto: basta con que el fiador señale ciertos bienes, cosas; el acreedor deberá tomar lo que haya y sólo perseguirá al fiador por el exceso. Pero si el fiador tiene que designar todos los bienes, en la mayoría de los casos no podrá oponer este beneficio si señala que no son suficientes; el fiador podrá ser perseguido por el acreedor, pero sólo por el exceso. Añade todavía la fracción: esos bienes deben encontrarse... "Dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago". Porque el acreedor no debe andar buscando bienes en todos lados, ni debe

hacer todos los gastos que implicaría perseguir esos bienes; es necesario que los bienes estén en el distrito judicial donde se promueva, porque el fiador queda domiciliado al lugar de donde es competente el juez, artículo 2802.

Dice la última fracción que el fiador "anticipe o asegure competentemente los gastos de la excusión", no basta con que el fiador inmediatamente que se le invite a pagar diga: No; primero debes aplicar los bienes del deudor al pago de la deuda; te opongo el beneficio de excusión no basta con que a los primeros procedimiento el fiador le diga: Mira, los bienes del deudor son éstos; tú posiblemente me persigues porque ignoras los bienes del deudor; yo los conozco, esos bienes se encuentran dentro del lugar del juicio; tampoco esto es suficiente, es necesario que el fiador anticipe los gastos necesarios.

Opuesto válidamente el beneficio de excusión, ¿que camino le queda al acreedor? Este ha demandado al fiador; ha buscado un fiador para asegurar el cumplimiento de la obligación y he aquí que el fiador ha parado su acción. ¿Qué caminos le quedan al acreedor? Dice el artículo 2819: "El acreedor puede obligar al fiador a que haga la excusión en los bienes del deudor" El acreedor le dice al fiador: Tú sabes donde están esos bienes

que son suficientes para pagarme; haz la excusión toma esos bienes y págame. Añádale el artículo 2820: "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 conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación". Un primer camino que puede seguir es no hacer la excusión el acreedor, o puede también hacerla, pero corre un riesgo muy grave; dice el artículo 2817, hubiese sido negligente en promover la excusión, queda responsable de los perjuicios que pueda causar al fiador, y éste libre de la obligación hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión." Al acreedor no le conviene hacer la excusión personalmente, sino que debe obligar al fiador a hacerla.

"Pero el acreedor puede obligar al fiador a que renuncie ese beneficio de excusión, lo cual es perfectamente valido, dice 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; (si el deudor está sujeto a concurso es porque sus bienes no alcanzan pagar); 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".

Renuncia a los beneficios. Los dos beneficios de que hemos hablado pueden ser renunciador. Pero, ¿qué ocurre cuando se renuncia sólo uno de ellos? También el Código Civil fija las consecuencias; dice el artículo 2822: "cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más este conservará el beneficio de excusión, aun cuando se de sentencia contra los dos". La sentencia es buena, pero no podrá ejecutarla el acreedor contra el fiador; primero la ejecutará contra el deudor principal, porque en esto consiste el beneficio de excusión.

Y si el beneficio que se ha renunciado es el de excusión, pero no el de orden, quiere decir que el acreedor tendrá que demandar primero al deudor principal; obtenida sentencia contra éste, demandará al fiador y podrá ejecutar la sentencia, primero, en contra del fiador, porque éste ya renunció al beneficio de excusión."(35)

(35) Gomís Soler José. Ob. Cit. p. 203.

Demandado el fiador por el acreedor, Las defensas que pueden oponer el fiador son, Dice el artículo 2812: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor". Y el 2813: "La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones". El fiador, entonces, puede oponer todas las excepciones que sean inherentes de la deuda, pero no las personales del deudor. Si el deudor renuncia a la nulidad, esa renuncia será válida para el deudor, pero no para el fiador.

Beneficio de división entre los fiadores. Por último, que el fiador tiene otro beneficio más que es el de división; pero este beneficio no se aplica contra el acreedor, sino que se aplica sólo habiendo pluralidad de fiadores de un deudor ... por una sola deuda, responderá cada uno de ellos Frente al acreedor; los fiadores frente al acreedor, son solidariamente responsables: todos, cada uno de ellos, responde por la totalidad de la deuda, no haciendo 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 al proporción debida estén a las resultas del juicio. Si, entre ellos, pero

no frente al acreedor, puesto que éste puede cobrar de cualquiera de ellos la totalidad. Puede cobrarles a todos sin perjuicio de las relaciones que haya entre fiadores, que ya están regidas por el capítulo correspondiente, en el que se dice, artículo 2837: "cuando son dos o más de los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente 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 principal en estado de concurso". Añade el artículo 2839: "El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores: I. Cuando se renuncia expresamente; II. Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente por el deudor; III. Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallen insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 2837; En el caso de la fracción IV del artículo 2816; Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo 2816".

Artículo 2840: "El fiador que pide el beneficio de

división sólo responde por la parte de 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". Luego el beneficio de división no se opone al acreedor; es un beneficio entre fiadores entre sí, no en sus elecciones con el acreedor; puede haber un convenio que autorice esto (Art. 2827); luego, pudieran muy bien los fiadores convenio con el acreedor de dividir la deuda, pero no es un beneficio de división que corresponda a los fiadores; es el resultado de un convenio (mancomunidad).

Al respecto de los beneficios citados con el nombre de orden y excusión, se supone que el fiador los tiene; no los tendrá cuando renuncia a ellos. Para que tenga ese llamado beneficio de división (que puede oponerse al acreedor) se requerirá un pacto expreso celebrado por lo contratantes respecto a ella.

Vamos a estudiar lo que ocurre cuando el fiador no sólo renuncia al beneficio de orden, sino también cuando renuncia al de excusión: es decir, un fiador que ha renunciado sus beneficios de orden y excusión, puede ser perseguido por el acreedor aún antes de que persiga al deudor principal, porque

este es el efecto de la renuncia de los beneficios; sus relaciones con el acreedor son esas; poder ser compelido a pagar aun antes de que se demande al deudor principal. Pero el fiador, por las relaciones que en virtud de la fianza va a tener con el deudor. Tiene el derecho de citarlo a juicio con el objeto de que se defienda y la sentencia que se dice perjudique al deudor.

"El deudor puede oponerle al fiador las excepciones que pudo oponer al acreedor; de aquí el interés del fiador de que comparezca el deudor para que se defienda y así evitar, posteriormente que le oponga a él defensas que pudo haber opuesto al acreedor. Dice el artículo 2823: "Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes; y en caso de que no salga el juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador."

Por último dentro del capítulo de relaciones entre el fiador y acreedor, queda también por analizar que relaciones se establecen entre el que fía al fiador y el acreedor. Recuerden ustedes que decíamos que el artículo 2795 determina que el que

fía al fiador en realidad es un fiador, un cofiador, no el deudor principal, sino de un deudor, accesorio. Por tanto, en las relaciones que tiene este fiador del fiador para con el acreedor, podrá oponer todas las excepciones inherentes a la deuda; es decir, las excepciones que pudo oponer el deudor principal, sin que sean estrictamente personales de éste. Además de esas excepciones, podrá oponer las que el fiador (al que fió) podría oponer al acreedor, también sin que sean meramente personales de este último. Dice el artículo 2824: "El que fía al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal" beneficio que puede ser renunciado según ya vimos. Artículo 2825: "No fian a un fiador los testigos que declaren de ciencia cierta en favor de su idoneidad, pero por analogía se les aplicará lo dispuesto en el artículo 2809", aquello que vimos para concluir que la fianza siempre debe ser expresa, que si bien la ley no exige formalidad especial como requisito de validez, sin embargo requiere que la fianza sea un contrato expreso, que no se atribuya a una manifestación de voluntad, a un consentimiento engañoso, por apariencia."(36)

(36) López Aniceto. Ob. Cit. p. 269.

4.3 GARANTIAS REALES.

Este tipo de garantías la dan las cosas cuando en ellas existe un derecho real y por lo tanto se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona llamada acreedor en virtud de una relación jurídica la cual es oponible a cualquier persona.

4.3.1 LA PRENDA

La prenda es un contrato en virtud del cual un deudor entrega al acreedor una cosa mueble en seguridad de un crédito. Es de tal naturaleza este contrato, que vencido e plazo en que se debe satisfacer el pago y no satisfecho, puede hacerse efectivo con el precio en que se venda la cosa dada en prenda. sus características son: contrato accesorio, real.

La palabra prenda proviene del latín pignus, puño, asir, coger con la mano. Lo anterior explica que al acreedor prendario se le llame también acreedor pignoraticio. Pignorar una cosa no es más que empeñarla. El contrato de prenda es conocido comunmente como el empeño.

Según las leyes pueden darse en prenda todos los objetos muebles que pueden darse enajenados, aún los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo

determinado; pero en este caso el dueño de la finca será considerado como depositario de los frutos o cosechas que constituyen la prenda. Cabe hacer notar que los inmuebles nunca serán objeto de la prenda, ya que el contrato tomaría el nombre de hipoteca. cuando la prenda consista en un título de crédito que deba inscribirse en el registro público, sólo producirá efectos contra terceros a partir de la fecha de la inscripción.

La forma en el contrato de prenda.- El contrato de prenda debe constituirse por escrito en todo caso, se otorga en documento privado, se formaran dos ejemplares, uno para cada contratante. El contrato no sufra efecto contra tercero si no consta en la forma establecida legalmente.

Las llamadas "boletas" del Monte de Piedad constituyen el contrato de prenda; aunque es frecuente el caso de que las personas empeñen o den en prenda sus objetos personales en que se extienda más que un simple "recibo" y a veces ni eso.

Derechos y obligaciones del acreedor prendario.- Por el empeño o prenda el acreedor obtiene el derecho de ser pagado con el precio de la cosa pignorada, con la preferencia establecida por la ley; el derecho de conservar bajo su dominio

la misma prenda y querrellarse por despojo o robo, aún contra el mismo dueño; el derecho de reclamar indemnización por gastos necesarios y útiles causados por la conservación de la cosa; el de exigir del deudor otra prenda si la primera se pierde o destruye sin su culpa.

El acreedor está obligado a conservar la cosa empeñada como si fuera propia y responderá de los daños que sufra por su culpa o negligencia; a restituir la cosa o prenda tan pronto como estén pagados la surte principal, intereses y demás accesorios. También está obligado el acreedor a avisar al dueño cuando sea turbado en la posesión de la prenda, para que la defienda; si no lo hace será culpable de daños y perjuicios.

Venta de la prenda.- La prenda sólo garantiza la obligación en cuya seguridad fue constituido el contrato, pero si el deudor no paga en el plazo convenido, el acreedor pedirá al juez que ordene su venta judicial en pública almoneda y con citación del deudor. Si el producto de la venta excede a la deuda, se entregará el saldo al deudor, pero si el precio no cubre todo el crédito, tiene derecho el sujeto activo a reclamar lo que falte.

El deudor podrá hacer que se suspenda la venta judicial pagando dentro de veinticuatro horas contadas desde la suspensión. también podrá convenirse en el contrato que la prenda se venda fuera del juicio, es decir, en lo particular.(37)

4.3.2. LA HIPOTECA

La hipoteca es una garantía del que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de que el deudor no cumpla con la obligación principal, ase pagado con el valor de los bienes hipotecadas, con la preferencia que la ley establece.

Sus caracteres.- La hipoteca tiene la característica de un derecho real que pueda recaer sobre bienes muebles e inmuebles, cuya tenencia conserva el deudor. La hipoteca como derecho real siempre afecta al bien hipotecada, pero a su dueño no se priva de la posesión del mismo, produciendo las consecuencias del derecho real; el derecho de persecución y el de preferencia. Los bienes que se hipotecan quedan sujetos el gravamen impuesto, no importa que pasen a poder de terceros. La hipoteca es indivisible pues aún cuando se resta la obligación principal y cuando los bienes hipotecados

(37) Bejarano Sánchez Manuel. Ob. Cit. p.

disminuyan, la hipoteca subsisten integra sobre el bien o bienes que queden. Cuando la finca está asegurada y se destruye por incendio o por otro caso fortuito, la hipoteca sigue en los restos de la finca y queda afecta al pago el valor del seguro. Si varias fincas se hipotecan para la seguridad de un crédito es necesario señalar por qué porción del crédito cada finca responde y pagándose la parte del crédito que garantiza, puede cada una de ellas ser redimida del gravamen. Si una finca hipotecada es susceptible de ser fraccionada convenientemente se dividirá el gravamen hipotecario y se repartirá equitativamente entre las fracciones.

"Unicamente pueden hipotecarse los bienes que pueden enajenarse. Cuando se hipoteca un inmueble puede hipotecarse los frutos y renta que produzca; los inmuebles por su destino, cuando se hipoteque el predio al que sirven como cuando se hipotequen junto con el predio dominante y también pueden hipotecarse los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque se hubiere pactado no volverlos a hipotecar, pues ese pacto es nulo.

La hipoteca se extiende, aunque no se exprese:

a) A las accesiones del bien hipotecado.

- b) A las mejoras que el propietario haga a los bienes gravados.
- c) A los objetos muebles que el propietario incorpore permanentemente a la finca y que sea imposible separarlos sin causar o menoscabo a esos objetos.
- d) A los nuevos edificios comprender lo siguiente, a menos que exista pacto en contrario: los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes que el acreedor exija el pago de su crédito y las rentas que se hayan vencido y no satisfechas, cuando se exija el cumplimiento de la obligación garantizada.

No puede hipotecarse:

- a) Todas las rentas y frutos pendientes con separación del predio que los produzca.
- b) Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, salvo que se hipotequen juntamente con el edificio.

- c) La servidumbres salvo que se hipotequen junto con el predio dominante
- d) El derecho que tienen los ascendientes de percibir os frutos en el usufructo, sobre los bienes de sus descendientes.
- e) El uso y la habitación.
- f) Los bienes litigiosos, a menos que la deuda se hubiere registrado previamente o cuando se hace constar en la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio, sin embargo, la hipoteca queda pendiente de la resolución del pleito.

La existencia de una hipoteca implica la de una obligación principal, a la cual garantiza y de la que sea accesoria. Puede darse el caso de que la hipoteca exista separada de la obligación principal, esto puede ocurrir cuando se constituye para garantizar una obligación futura o que esté sujeta a condición suspensiva inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Tomando en cuenta la cuantía del contrato hipotecario, así es su forma. La hipoteca debe otorgarse en escritura pública cuando el crédito hipotecario

excede de cinco mil pesos; cuando no excede de esa cantidad se puede otorgar en escritura privada, firmando ante dos testigos necesarios inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio la hipoteca para que produzca efectos contra terceros."(38)

Hipoteca voluntaria.- La hipoteca nunca es general ni tácita, pues para surtir efecto contra terceros requiere registro y en los convenios se contrae por voluntad. Las hipotecas voluntarias son las convenidas entre partes o las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituye. Cuando la hipoteca se crea para seguridad de una obligación futura o queda sujeta a condiciones suspensivas inscritas, si la obligación llega a realizarse o bien la condición a cumplirse, surtirá efecto contra terceros desde su inscripción. La hipoteca no dejará de surtir efectos contra terceros, si la obligación asegurada estuviese sujeta a condición resolutoria inscrita, sino a partir del momento en que se haga constar en el Registro el cumplimiento de dicha obligación. Una vez construida la obligación futura o cumplidas las condiciones anteriormente citadas, los interesados deben pedir que se haga constar en el margen de la inscripción hipotecaria por medio de una nota.

(38) Lozano Noriega Francisco. Ob. Cit. pp. 73-75.

El crédito puede cederse en todo o en parte dando conocimiento al deudor y haciendo una inscripción en el Registro. No hay necesidad de notificar al deudor ni del registro cuando la hipoteca se constituye para garantizar obligaciones a la orden, pues se transmite por el simple endoso del título. Si la hipoteca garantiza obligaciones a la orden, pues se transmite por el simple endoso del título. Si la hipoteca garantiza obligaciones al portador se transmite por la entrega del título sin más requisito. La hipoteca no puede durar más de 10 años cuando no se señale término para su vencimiento, pero generalmente dura por el tiempo que subsista la obligación que garantiza, pudiendo los contratantes señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación. No surtirá efecto contra tercero todo hecho o convenir entre las partes que pueda destruir o modificar la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, si no se hace constar por medio de una nueva cancelación parcial o total según el caso, o de una nota marginal.

Hipoteca necesaria.- "Las hipotecas necesarias son las que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas, para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores. Cuando esté pendiente de cumplimiento la obligación que se

debería haber asegurado, la constitución de la hipoteca necesaria podrá exigirse en cualquier tiempo, aunque hubiere desaparecido la causa que le diera fundamento. La autoridad judicial será la que decida, previo dictamen de perito, cuando en la constitución de una hipoteca se ofrezcan varios bienes y no se pongan de acuerdo con los interesados en la parte de responsabilidad que recaiga sobre cada uno. La duración de la hipoteca necesaria está sujeta al tiempo que dure la obligación que se garantiza.

Tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria para la seguridad de sus créditos:

1. El coheredero o partícipe sobre los inmuebles repartidos en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que se haya recibido.

2. Los descendientes, cuando sus bienes fueren administrados por los ascendientes, para garantizar la conservación y devolución de ellos.

- 3.- Los menores y demás incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por lo que éstos administren.

4.- Cuando no se haya constituido hipoteca especial designada por el testador, podrán pedir la hipoteca los legatarios por el importe de sus legados.

5.- El Estado, los pueblos, los establecimiento públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivas cargos.

Pueden también pedir que la hipoteca sea suficiente quienes tienen derecho de exigir la misma y de igual manera pueden pedir su ampliación cuando por cualquier motivo los bienes hipotecados sean insuficientes para garantizar el crédito. En ambos casos resolverá el juez. "(39)

EXTINCION DE LAS HIPOTECAS.- La hipoteca se extingue juntamente con la obligación principal que garantiza por todo el tiempo que subsista y como ya quedó indicado, cuando no se fija vencimiento no durará más de diez años. En tanto no se cancele en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio la inscripción de la hipoteca, esta sigue produciendo efectos jurídicos contra terceros. Además, puede extinguirse la hipoteca:

(39) Peniche López Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Ed. A. del Bosque Impresores. México, 1962 pp. 337 a 346.

- 1º - Cuando desaparece el bien hipotecado;
- 2º - Cuando se extingue la obligación a que sirvió de garantía.
- 3º Cuando se extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado;
- 4º Cuando por causa de utilidad pública se expropié el bien o se remate judicialmente la finca hipotecada;
- 5º Por remisión del acreedor; y
- 6º Por prescripción de la acción hipotecaria

CONCLUSIONES

- La aplicabilidad justa del beneficio de orden y excusión en las obligaciones solidarias, sólo tiene lugar cuando los coobligados solidarios no intervienen en la deuda, sólo en la garantía, como es el caso de la figura del aval, el cual debe considerarse garante de la obligación sólo en defecto del obligado principal y no como otro deudor sumado en igualdad de circunstancias que el deudor a la obligación.

Este beneficio no se debe aplicar en aquellas obligaciones solidarias en donde los deudores solidarios intervienen en la deuda y la garantía pues todos ellos son garantes de sí mismos, y con tales beneficios siempre se ejecutarían los mismos bienes perdiendo con esto tiempo con trámites innecesarios.

- Tomando en consideración que la obligación se divide en deuda y garantía, es necesario hacer notar que en algunas obligaciones solidarias el obligado solidario no interviene en la deuda sino únicamente en la garantía y la ley lo equipara injustamente al pago de la obligación en los mismos términos que el deudor principal, el cual interviene en los dos momentos de la obligación.

- El Código Civil al referirse a la solidaridad pasiva en su Artículo 1987 contempla lo siguiente: "habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad la prestación debida".

De lo que se desprende que el aval al no ser un deudor en obligación por no haber intervenido en la deuda y ser un simple garante no se encuadra en el precepto legal mencionado y por tanto no debería tener tal carácter. No siendo así en el caso que el aval interviniera también en la deuda y fuera por lo tanto codeudor en la obligación, criterio que se encuadra en el Artículo 4 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establecen "En las Operaciones de Crédito que esta Ley reglamenta, se presume que los codeudores se obligan solidariamente".

En estas circunstancias la solidaridad tiene una lógica explicación porque todos los codeudores intervinieron en la deuda y por lo tanto tienen una obligación legal y moral de dar una contraprestación del beneficio que obtuvieron, siempre y cuando sean verdaderos deudores y no simples garantes.

En tales circunstancias el beneficio de orden y excusión no operaría con justa razón, no así cuando los obligados son simples garantes debiéndoles conceder tal beneficio.

El Artículo 114 de la citada Ley encuadra al aval como sujeto de obligación solidaria sin ningún motivo y sin considerar que éste ha intervenido en la obligación sólo para garantizar en defecto del deudor principal y no como otro deudor más en la obligación.

- En materia civil hay que promover la ejecución de la garantía y hasta que exista firmeza en la resolución final podrá ejecutarse esta.

En materia mercantil la ejecución es intrínseca a su naturaleza y por lo tanto no debe ejecutarse hasta que exista firmeza en la resolución final, como es el caso de las garantías civiles.

BIBLIOGRAFIA

- (1) GOMIS SOLER JOSE. Derecho Civil Mexicano. Ed. Excelsior. México 1944.
- (2) MARGADANT GUILLERMO FLORIS. Derecho Romano. Ed. Esfinge. México, 1986. Ed. Catorceava.
- (3) FUSTEL DE COULANGES. La Ciudad Antigua. Ed. Porrúa. México, 1980. Ed. Cuarta.
- (4) BORJA GORIANO M., Teoría General de las Obligaciones Porrúa, México, 1953.
- (5) GUTIERREZ Y GONZALEZ E. Derecho de las Obligaciones Cajica-Puebla, 1961.
- (6) RAHAIM Salomón, Compendio de Filosofía; México, 1966
- (7) GANGI, SCRITTI GWRIDIA VARI. Vol. II Debito e la responsabilitá; Padova, 1933.
- (8) FELIX ALBERTO TRIGO REPRESAS, Revista de Jurisprudencia Argentina, Nº 7121, Año XX. Benos Aires Argentina, Miércoles 27 de Agosto de 1958.
- (9) FRANCISCO LOPEZ DE GOICOCHEA, La Letra de Cambio, México 1964, Editorial Porrúa
- (10) BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Obligaciones Civiles Ed. Harla México, 1984.
- (11) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil. Porrúa, S.A. México 1990.

- (12) LOZANO NORIEGA FRANCISCO , Cuarto Curso de Derecho Civil. Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A.C. México, 1970.
- (13) PENICHE LOPEZ EDGARDO. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Ed. A. del Bosque Impresores México, 1962.
- (14) ROCIO ALFREDO, Principios de Derecho Mercantil Traducción de Revista de Derecho Privado, Editorial Nacional, México, 1981.
- (15) LOPEZ ANICETO. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1942.
- (16) TELLEZ ULLOA MARCO ANTONIO, El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano. Ed. Libros de México, S.A. México, 1973.
- (17) ALSINA HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición, Ed. Buenos Aires 1956.
- (18) RUIZ ABARCA FRANCISCO. Supletoriedad de la Ley Procesal Civil en el Proceso Mercantil. Tesis Universitaria, México, 1970.

TESIS

EN

BLANCO

68