

CAPITULO II

EL CONTRATO DE FIANZA

2.1 ORÍGENES.

La típica figura de la fianza ha ido evolucionando, y de su carácter subsidiario se ha ido pasando a otras formas derivativas en que la obligación del garante es conjunta con la del deudor principal. Esto es importante, pues evita el paso de la excusión previa, que es inseparable del concepto de la fianza pura. Así, “a la fianza simple ha sucedido la solidaria y a ésta la garantía del principal pagador, que es la más buscada”.¹

Para el Derecho Romano la fianza era un contrato formal mediante el cual una persona (fiador) se obligaba a pagar la deuda de otro (fiado), en caso de que este último no cumpla con su deber. Éste contrato era de carácter accesorio y requería una obligación válida que la sustentará; mediante la fianza se podía garantizar cualquier obligación, incluso natural o futura. Normalmente, el fiador se obligaba a la misma prestación que su fiado. La fianza se podía establecer por menos del valor de la prestación principal pero nunca por más.

La fianza romana surgió de la estipulación, y de acuerdo con el verbo usado en la interrogación y en la respuesta, daba lugar a una *esponsio* una *fidepromisio* o una *fidiussio*.²

2.1.1. La *Esponsio*.

La *esponsio* requería el empleo del verbo *spondere*. Los garantes solo podía ser *cives*, quienes se obligaban por medio de la siguiente formula: *¿Idem dare espondes? Spondeo*: (te comprometes a dar lo mismo: me comprometo). Se contraían solo obligaciones *verbis*. Eran intransmisibles.

La responsabilidad de éstos esponsores es la siguiente: son deudores, pues se obligan a cumplir la misma prestación que el fiado; son deudores accesorios y no podían prometer mas que el deudor principal; y como resultaban mandatarios del deudor principal, podían dirigirse contra éste si

¹ H. Lafaille. Curso de Contratos, t. III, Buenos Aires Argentina. 1928. Pág. 1928.

² Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Ed. Porrúa. México. 1982. Pág. 334.

habían pagado al acreedor que los había requerido. Cuando el mandato no había sido sancionado, el recurso citado se cumplía por la Ley Publilia (daba derecho al uso de la *manus inectio*).

El pago hecho por uno de los garantes liberaba a los demás. Después se sancionaron una serie de leyes que regularon la situación de éstos garantes, legislación que también se aplicó a los *fidepromissores*. Estas leyes eran:

- a) La *lex opuleia*, dio a aquel entre los varios *sponsores* o *fidepromissores* que hubiese pagado, una acción contra los otros para repetir de cada uno de ellos la parte que habría tenido que cubrir si la obligación se hubiese dividido.
- b) La *lex furia de sponsu*, dividió la deuda entre todos los cofiadores, existentes en el momento del vencimiento de la obligación, y limitó su obligación a dos años.
- c) La *lex Ciceria*, impuso al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número de garantes.
- d) La *lex Cornelia*, limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor, hasta la suma de 20,000 sestercios al año.

2.1.2. La *Fidepromissio*.

Al caer en desuso la *sponsio*, le sucedió la *fidepromissio* que podía ser usada por los peregrinos, empleando el verbo *fidepromitto*, ejemplo: *¿Idem dari fidepromittis?: fidepromitto* (empeñas fielmente tu palabra para lo mismo: la empeño).

Normalmente los *fidepromissores* estaban sujetos a las mismas reglas que los *sponsores*, que ya vimos.

2.1.3. La *Fideiussio*.

En el Derecho Justiniano, la *sponsio* y la *fidepromissio* cayeron en desuso, sólo quedó la *fideiussio*.³

³ Esta forma de garantía es más reciente que la *sponsio* y la *fidepromissio*.

Los *fideiussores* o fiadores podían ser ciudadanos o extranjeros, siendo la fórmula: *Id fide tua esse iubes? Fideiubeo*.

La obligación del *fideiussor* se caracterizaba: por ser una obligación accesoria, iba siempre unida a una principal; se empleaba no sólo en las obligaciones *verbis*, sino que se extendía a una obligación futura; debía tener el mismo objeto que la obligación principal, por eso el fiador no podía prometer más que el deudor principal, ni en condiciones más onerosas; podía prometer menos, es decir, garantizar sólo parte de la deuda; la obligación del fiador era transmisible a los herederos.

La situación del fiador, se reguló en forma más justa en el derecho imperial. Adriano fue el primero que concedió en el caso de varios *fideiussores* el *beneficium divisionis*, por él, el fiador requerido de pago en juicio, podía exigir del acreedor que dividiese su acción entre los varios cofiadores presentes y solventes.⁴

Justiniano introdujo el *beneficium excussionis* (beneficio de excusión), por medio del cual, el cofiador perseguido por su acreedor, podía exigir: que éste procediera en primer lugar contra el deudor principal. Cuando el fiador pagaba, tenía derecho a que le fuera cedida la acción que correspondía al acreedor contra el deudor.

La fianza como toda obligación accesoria, se extingue ya directamente, o ya por vía de consecuencia.

Finalmente, la fianza no se establecía únicamente por la *stipulatio*, sino que también se formaba por el mandato cualificado o *mandatum pecuniae credendae*, y por el *constitutum debiti alieni* (constituto de deuda ajena).⁵

2.2. GENERALIDADES.

⁴ Hasta el momento, cualquiera de los cofiadores podía ser perseguido por la totalidad de la deuda.

⁵ Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Ed. Porrúa. México: 1982. Pág. 336.

La fianza es el *contrato por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación.*⁶ Se celebra entre el acreedor y un tercero, independientemente de que el deudor éste o no de acuerdo.

En el fondo, la obligación que asume el fiador consiste en hacerse responsable de que el deudor principal ejecute o cumpla la obligación a su cargo, razón por la cual en este sentido podría decirse que la obligación del fiador es una obligación de resultado. Éste singular aspecto es destacado en el Código Civil Alemán: Art. 765. Por el contrato de fianza se obliga el fiador frente al acreedor de un tercero a responder del cumplimiento de la obligación del mismo tercero.⁷

2.2.1. Fianza Civil y Fianza Mercantil.

Con respecto a la fianza mercantil, nos dice Rodríguez Rodríguez lo siguiente:

“La fianza era en el derecho mexicano una operación típicamente civil, sin que hubiese referencia alguna a ella ni el Código de Comercio, ni en la legislación especial (...)

“De aquí se deduce que desde 1943 hay dos ordenamientos jurídicos para el contrato de fianza: el civil y el mercantil. El mercantil, constituido por las disposiciones antes citadas, se aplicará a la fianza mercantil, que recibirá esta especial calificación cuando se trate de fianza onerosa practicada por empresa. No basta que la fianza sea onerosa para que sea mercantil, sino que precisa que sea realizada en forma habitual, como se deduce del artículo 1º de la ley, en el que se elimina la calificación de mercantil para las fianzas onerosas ocasionales”.

“Así, pues, la fianza será mercantil cuando sea realizada por una empresa dedicada a ello (institución de fianzas), lo que implica el concepto de onerosidad, pues ninguna empresa podría dedicarse profesionalmente a dar fianzas gratuitas, actitud que estaría en la contradicción con el concepto mismo de empresa”⁸.

⁶ Zamora Y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 1985. Pág. 273

⁷ Sánchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 1997. Pág. 457.

⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa. México: 1994. Pág. 244.

Así, para el último autor citado y para algunos más, la fianza mercantil es la que otorga una institución de fianzas.

Los elementos esenciales específicos de la fianza de empresa, son los siguientes:

- a) La prestación del fiador que debe consistir en la garantía personal de la deuda ajena, elemento común a la fianza civil y a la fianza de empresa, pues ambos contratos son de garantía personal y no de garantía real como lo son en cambio la prenda y la hipoteca. Además, tanto la fianza civil como la fianza de empresa, garantizan la deuda ajena y no la deuda propia.
- b) La contraprestación del estipulante de la fianza, que se llama prima; elemento éste que la distingue claramente de la fianza civil y que se encuentra establecido en los artículo 1° y 7° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.
- c) Que el fiador sea una sociedad mercantil organizada como empresa afianzadora y autorizada por el Estado para el ejercicio sistemático de tal actividad”⁹

Con respecto a la fianza civil, cabe señalar lo que señala el artículo 2811 del Código Civil Federal, la fianza es civil cuando:

- a) Otorgadas por individuos o compañías accidentalmente a favor de determinadas personas.
 - b) Siempre que no las extiendan en forma de póliza.
 - c) Que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y;
 - d) Que no empleen agentes que las ofrezca.
-

La fianza *lato sensu* encuentra su regulación en el Código Civil; a su vez la fianza de empresa está regulada en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que también consigna el régimen de las instituciones afianzadoras y que reconoce como supletoria a la legislación mercantil, dentro de la cual se encuentra el Código de Comercio, el cual no contiene disposiciones sobre este contrato.

⁹ Martínez González, Hilda Cecilia. Fuente de la obligación del fiador en la fianza de empresa. Tesis profesional., UNAM. México: 1963. Pág. 29. El artículo 7° es actualmente el artículo 2° de dicha ley.

Así, el legislador ha configurado dos especies del género fianza, y en la fianza de empresa se pueden observar estos elementos que la distinguen de la fianza civil:

“a) Las compañías afianzadoras deben realizar su actividad habitualmente y no ocasionalmente (la ley dice accidentalmente) es el requisito de la profesionalidad.

b) Las fianzas deben otorgarse a título oneroso (...) es decir, esta fianza es necesariamente onerosa, o en otros términos, se produce para el mercado.

c) Las compañías afianzadoras operarán con el público en general y, quienes no lo sean, sólo podrán hacerlo con reducido número de personas, es decir, las afianzadoras producen para el mercado.

d) Las afianzadoras pueden anunciar su producto o sea la fianza onerosa, por la prensa o por otro medio de difusión y propaganda y pueden emplear los servicios del auxiliar del empresario, que es el agente. Los demás no pueden hacerlo.

e) Finalmente, las afianzadoras otorgarán sus fianzas en forma de póliza, lo que no podrá hacerse en la fianza civil”.¹⁰

Además de las distinciones en cuanto a los elementos esenciales específicos, que en la fianza de empresa lo constituye la onerosidad y la empresa en el sentido señalado, otra distinción entre la fianza civil y la de empresa lo constituye la legislación aplicable, ya que la primera se rige por el derecho común de cada entidad federativa, mientras que la segunda se rige por una ley federal que establece requisitos de operación de las afianzadoras, de constitución, y maneras específicas de extinción de la fianza de empresa que sólo son aplicables a ésta: la caducidad y la prescripción establecidas por el artículo 120 de la Ley (toda vez que tratándose de fianza civil ésta se extingue, por su carácter accesorio al mismo tiempo que la obligación garantizada, que puede ser, por ejemplo, de diez años, pero en la fianza de empresa se cuenta con un plazo menor que sería de tres años); la presunción de extinción por devolución del original de la póliza de fianza al fiador, que establece el artículo 117 de la Ley y, por último, la resolución afirmativa ficta que contempla el artículo 128 de la misma ley.¹¹

¹⁰ Martínez González, Hilda Cecilia. *Op, cit.*

¹¹ Hernández Hernández, C. Ricardo. Algunas consideraciones en relación a los procedimientos de reclamación de Fianza de Empresa. Docto. De Trabajo No. 75. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Pág.

2.2.2. Figuras Afines.

Hay que distinguir la fianza de otras figuras similares, como la novación, la obligación solidaria, con la pena convencional y con el aval.

En la *novación* por cambio de deudor, el primitivo deudor queda liberado, (art. 2220 Código Civil Federal), en tanto que la fianza, la obligación del deudor principal coexiste con la obligación del fiador (art. 2814 y 2823 Código Civil Federal)

En la *obligación solidaria*, el codeudor tiene a su cargo el debito, o sea el deber de cumplir la prestación de la obligación única a cargo de la pluralidad de deudores, e igualmente la responsabilidad, esto es, la carga de indemnizar por el incumplimiento de aquella prestación; en cambio en la fianza sólo existe a cargo del fiador la responsabilidad y no el debito, y por esa razón la fianza es un contrato de indemnización.

Con respecto a la fianza y *pena convencional*, ésta última es una prestación que queda a cargo del propio deudor, en cambio, en la fianza es un tercero el que se compromete a pagar por el deudor si éste no lo hace.

La pena convencional no es una garantía, sino que es la fijación del monto de una indemnización para evitar la dificultad que resulta para demostrar el daño o perjuicio que se cause con motivo de un incumplimiento.¹²

El artículo 1842 del Código Civil Federal señala: “Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”

Al respecto, al comentar éste artículo, Rojina Villegas manifiesta lo que a continuación transcribiré:

“Este último precepto demuestra claramente el objeto de la cláusula penal es distinto del de la fianza, pues en la primera se pagará la pena, existan o no daños o perjuicios, o bien, aun cuando éstos

¹² Hernández Hernández, C. Ricardo. *Op. cit.*

sean inferiores a la obligación principal. Tal es la finalidad de la cláusula penal y así expresamente se define (...)

“Por el contrario, el objeto de la fianza es bien distinto, el artículo que la define precisa que la finalidad de este contrato de garantía consiste en que el fiador pague lo que deba el deudor, si éste no cumple; que nunca pague más y que si se obliga a tal cosa, se reducirá de pleno derecho su obligación; que, en consecuencia si el deudor no debe pagar, tampoco estará obligado el fiador y por esto las causas que extinguen la obligación principal, extinguen la fianza”¹³

La fianza y el Aval. Ya se ha establecido por la jurisprudencia la distinción que existe entre ésta dos figuras, donde una de ella establece:

Aval. Supletoriedad Inexistente de los Preceptos que regulan la Fianza en el Derecho Común.

(...a) en tanto la fianza tiene el carácter de un contrato formal que puede hacerse en forma destacada del principal, el aval debe constar en el cuerpo del documento o en hoja adherida al mismo; b) La fianza no se presume, en cambio el aval sí; c) la obligación en el contrato de fianza sólo puede exigirse al fiado si se estableció orden y excusión de los bienes de éste.; en la institución del aval, el avalista es deudor autónomo y por ello puede exigirse su obligación en primer término, sin acudir previamente al deudor principal o avalado; y d) en la fianza se sigue el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por ende si la obligación principal es nula, también lo será el contrato accesorio, lo cual no sucede así con el aval, porque tan principal es la obligación del avalista como la del avalado.”¹⁴

La siguiente tesis establece:

“FIANZA Y AVAL, DIFERENCIA ENTRE LOS.- El aval no puede confundirse con la fianza, pues aunque tanto uno como otra son garantías de pago, el primero debe hacerse constar formalmente en los títulos de crédito, bastando en algunos casos la sola firma

¹³ Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano. Tomo VI. Contratos. Ed. Porrúa. México: 1986. Pág. 272.

¹⁴ Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo III Segunda Parte-1. Tesis 179, Pág.162.

puesta en el documento, y su naturaleza es la de ser una obligación objetiva, en tanto que las formalidades de las fianzas son diversas y su naturaleza es subjetiva.”¹⁵

Incluso, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone que a las afianzadoras les esta prohibido otorgar garantías en forma de aval (artículo 60 fracción I), salvo los casos que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2.2.3. *Personas intervinientes.*

Cuatro son los personajes que se requieren para la existencia de la fianza, si bien, como se vera no es preciso que todos ellos intervengan en el contrato. Por otra parte, el cometido de dos o más de ellos, puede ser desempeñado por uno solo, pero además existe un elemento material que es la póliza:

- a) La institución afianzadora, papel que solo puede ser desempeñado por una sociedad anónima mexicana, prevista la concesión otorgada al efecto por la SHCP (Artículo 2 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas;
- b) El tomador o contratante, en la ley llamado solicitante, que puede serlo cualquier persona física o moral, y por supuesto el propio fiado;
- c) El fiado o deudor principal, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, puede protagonizar también el papel de tomador o contratante;
- d) El beneficiario, carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal;
- e) Como elemento material u objetivo, la póliza es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario; es en otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza.¹⁶

2.3. ELEMENTOS.

2.3.1. *Elementos de existencia.*

¹⁵ Semanario Judicial de la Federación. 5ª. Época. Tomo CVI, Pág. 2133.

¹⁶ Díaz Bravo, Arturo. Contratos mercantiles. Ed. Harla. México: 1987. Pág. 195.

2.3.1.1 *Consentimiento.*

En el contrato de fianza, el acuerdo de voluntades debe concretarse entre el fiador y el acreedor, ya que técnicamente son las únicas partes contratantes. El deudor no tiene porque comparecer en la celebración del contrato y es irrelevante para el perfeccionamiento del contrato el que otorgue su consentimiento o que se oponga a la celebración del mismo, de acuerdo al artículo 2796 del Código Civil Federal.

El acuerdo de voluntades en éste contrato entre el fiador y el acreedor, debe coincidir en la prestación que se obligará a satisfacer el fiador en caso de que el deudor no cumpla con su obligación. Donde la obligación del fiador no podrá exceder de la del deudor, pero sí puede ser inferior. Si se obligo a más, se entenderá reducida su obligación hasta el monto de la del deudor, y en caso de duda se presume que se obligó por otro tanto, de acuerdo al artículo 2799 del Código Civil Federal.

2.3.1.2 *Objeto*

El objeto de la fianza puede decirse que es la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza.

Dicha obligación principal ordinariamente consiste en una deuda de dinero, pero nada impide que consista también en una obligación de hacer o de no hacer a cargo del deudor principal, en cuyas hipótesis la responsabilidad del fiador se traduce en el pago de una suma de dinero (satisfacción por equivalente), en caso de que el deudor no cumpla con aquella obligación de hacer (Art. 2800 Código Civil Federal) o de no hacer, ya que la fianza es un contrato de indemnización.

La obligación principal susceptible de garantizar con fianza, debe ser:

1. Una obligación que exista o que conforme a determinado supuesto pueda llegar a existir, ya que también una obligación futura o eventual es susceptible de garantizarse, pero en tal caso no puede exigirse responsabilidad al fiador, hasta que la deuda principal sea líquida (Art. 2798 Código Civil Federal).

2. Una obligación válida (Art. 2797 primer párrafo Código Civil Federal), en cuanto una obligación que no exista ni llegue a existir no es susceptible de garantizarse con fianza.

Por lo que toca a la relación cuantitativa que debe guardar con la obligación principal la responsabilidad del fiador, hay que advertir que ésta responsabilidad puede ser igual o menor que el monto de aquella obligación, pero no puede exceder de ésta, ya que al igual que el contrato de seguro de daños, la fianza es un contrato de indemnización y no de especulación, como la apuesta; de tal manera que si el fiador se obliga a más, aunque no es nula la fianza, se reduce la obligación del fiador al monto de la deuda principal, en virtud del principio de la conservación del contrato. Así mismo, en caso de duda sobre si el fiador se obliga por menos o por otro tanto que el deudor principal, se entiende que se obliga por otro tanto (Art. 2799 Código Civil Federal).

Es decir, el objeto consiste en la obligación principal garantizada por la fianza y la exigibilidad de la fianza está condicionada a la acción voluntaria del deudor originario quien dejó de cumplir su obligación.

2.3.2. Elemento de Validez.

2.3.2.1 Capacidad.

Sólo se requiere tanto para el acreedor como para el fiador, de una capacidad general.

En las fianzas legales o judiciales, el fiador requerirá además de la capacidad de goce y de ejercicio, tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza, esto de acuerdo al artículo 2802 del Código Civil Federal.

Una característica importante, de acuerdo al artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas menciona: “Las instituciones de fianzas por las mismas que otorguen, se considerarán de acreditada solvencia...”

Además, el artículo 13 de la ley anteriormente mencionada señala que las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, sin calificar dicha solvencia.

2.3.2.2. Forma.

El contrato de fianza civil normalmente llamado consensual, puede otorgarse con la forma que escojan libremente las partes, con el único requisito de que el consentimiento se manifieste en forma expresa la fianza y no tácita; ésto es, que el fiador debe obligarse expresamente a responder por el deudor principal, aunque el acreedor acepte sólo de modo tácito tal compromiso del fiador.¹⁷

La fianza mercantil generalmente se celebra por escrito, por otorgarse en póliza. Dicha póliza es otorgada por la institución afianzadora, pues sólo puede asumir obligaciones mediante el otorgamiento de pólizas numeras y documentos adicionales a las mismas; así lo menciona el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Esto da el carácter de formal al contrato.

2.3.2.3 Ausencia de Vicios.

La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tiene excepciones o aplicaciones específicas en la materia de fianzas. Es decir sigue la teoría general del contrato, tales como:

Dolo.

De acuerdo al artículo 1815 del Código Civil Federal que menciona “cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”

Violencia.

Hay violencia física cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive de libertad al contratante. Y hay violencia moral, por medio de amenazas; las cuales deben ser ilegítimas o contrarias a derecho.

Lesión.

La lesión en sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte. No

¹⁷ Sánchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 1997. Pág. 464.

inválida al contrato, pues frecuentemente en todos los contratos hay una parte que se aprovecha en cierto sentido de la otra, y además, es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales.

La lesión en su sentido estricto o restringido es la causa de invalidez total o parcial, establecida en forma excepcional por el legislador, bien sea por la *importancia objetiva* del mencionado perjuicio resentido por el contratante que recibe una prestación de valor muy inferior a la que él proporciona, o bien por la *situación subjetiva* de debilidad o de miseria en que contrata dicha parte, o bien por una y de otra de esas razones.¹⁸

2.4. CARACTERÍSTICAS.

2.4.1. Accesorio.

Accesorio significa que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente.

El que sea un contrato accesorio también hace referencia a que es un contrato de garantía, ya que se celebra para garantizar el cumplimiento de la obligación de la cual depende su existencia.

Las consecuencias jurídicas que se originan del carácter accesorio de la fianza son múltiples, y algunas de ellas son las siguientes:

- a) La inexistencia de la obligación garantizada, origina la inexistencia de la fianza (art. 2797 Código Civil Federal).
- b) La nulidad absoluta¹⁹ o de pleno derecho de la obligación garantizada, origina la inexistencia de la fianza (art. 2797 Código Civil Federal).

¹⁸ Sánchez Meda. Op. Cit. Pág. 63.

¹⁹ NULIDAD. Es la sanción que establece la ley a las partes por la realización o celebración de un hecho jurídico, que se origina por causas o situaciones anteriores o concomitantes a esa realización o celebración y consisten en: a) una contravención a una disposición de carácter imperativo o prohibitivo o contra las buenas costumbres; b) La falta de capacidad del autor o de alguna de las partes en el acto; c) La presencia del algún vicio en la voluntad de cualquiera de las personas que intervienen en el acto, o d) La no satisfacción de la forma impuesta por la ley para la realización del acto; y que produce la terminación del acto y que se destruyan retroactivamente sus efectos.

Características: 1. Es una sanción. 2. Se origina por causas o situaciones anteriores o concomitantes a la realización del acto. 3. los efectos siempre operan retroactivamente.

- c) La declaratoria de nulidad relativa de la obligación garantizada, origina la extinción de la fianza; no obstante, puede válidamente garantizarse una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado (art. 2797 en relación con los arts. 2228 y 2230 Código Civil Federal).
- d) La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la fianza.
- e) La cesión del crédito garantizado con la fianza origina la transmisión del derecho accesorio que se genera por el contrato de fianza a favor del acreedor (art. 2032 Código Civil Federal); pero la cesión de la deuda no origina la transmisión del indicado derecho accesorio.
- f) La interrupción de la prescripción de la obligación garantizada, interrumpe la prescripción de la obligación del fiador.

2.4.2. Personal.

Personal significa que el fiador está garantizando, con todos sus bienes, el cumplimiento de la obligación.

La garantía personal difiere de la real en que en la primera se responde del cumplimiento de las obligaciones con todos los bienes del deudor, con excepción de los que, conforme a la ley, no sean enajenables; y en la segunda se garantiza el cumplimiento de las obligaciones específicamente con uno o más bienes determinados, constituyendo sobre ellos un derecho real de prenda o hipoteca.²⁰

Cuando se otorga simplemente una garantía personal, se corre el riesgo de que, al momento en que se pretende hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, el deudor (o el fiador) sea insolvente, y por lo tanto, la garantía no sea suficiente.

La celebración de un contrato o el reconocimiento de una deuda, no son garantías del cumplimiento de las obligaciones que generan, porque puede darse el caso de que el deudor no quiera cumplir o queriendo no pueda por ser insolvente. En vista de lo anterior, los acreedores,

Clases. A. Nulidad Absoluta. Cuando de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación ni por prescripción: La causa es el contenido en el inciso a). B. Nulidad Relativa. Cuando no se presenta alguno de los tres aspectos de la absoluta. La causa son los supuestos contenidos en los incisos b), c) y d). C. Nulidad Total. Cuando la sanción afecta la totalidad del acto. D. Nulidad Parcial. Cuando la sanción solo afecta a determinadas cláusulas o partes del acto.

²⁰ En el derecho mexicano conforme al Código Civil Federal, solo se establecen dos derechos reales de garantía: la prenda y la hipoteca.

cuando son diligentes o cuando las circunstancias en casos concretos lo permiten, exigen que su deudor garantice el cumplimiento de sus obligaciones, y la garantía pueda consistir en la obligación que asuma otra persona de cumplir con cierta prestación para el supuesto del incumplimiento del deudor, que sería la fianza, o constituyendo un derecho real sobre un bien determinado y enajenable, que sería la prenda o la hipoteca.

Las únicas garantías suficientes o completas en derecho mexicano actual, son la prenda o la hipoteca, ya que en la fianza, si el fiador resulta insolvente, igual da al acreedor haber tenido o no esa garantía.

La razón práctica de celebrar contrato de fianza, obedece a que los acreedores quieren evitar, en lo posible, el riesgo de sufrir las consecuencias que acarrea la insolvencia de su deudor, esto es, la falta de cumplimiento de la obligación, al comprometerse el fiador a pagar si no lo hace el deudor, se esta ampliando la seguridad del acreedor, pues es más difícil que lleguen a ser insolventes dos personas que una.²¹

2.4.3. Unilateral.

Debido a que sólo el fiador se compromete, y subsidiario en tanto que está obligado a cumplir solamente cuando el deudor principal no lo hace.

La unilateralidad en la fianza de empresa no es del todo cierta, dado que el fiador se compromete en tanto el otro contratante cumpla la prestación consistente en la prima. La mencionada prima de acuerdo al artículo 1ro. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que dichas instituciones otorgan las fianzas a título oneroso, al igual que el artículo 3° de la misma ley, que establece que la persona que contrata la fianza debe cubrir la cantidad que por concepto de primas le fije la institución.

²¹ Son garantías simples las que se establecen en interés del acreedor sin necesidad de que se constituya una relación especial con una cosa determinada y sin que se precise un derecho de prelación. Se denominan garantías personales, por que consisten, sustancialmente, en la asunción de una obligación personal accesoria de otra obligación principal. La garantía simple actúa alargando la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que a la responsabilidad ofrecida por el patrimonio del deudor principal, se añade la de otro patrimonio (patrimonio del garante).

La subsidiariedad puede aceptarse ya que el fiador, que es solidariamente responsable con el deudor principal, deberá cumplir la prestación después de que se haya hecho exigible la obligación y éste haya dado lugar a que se verifique el incumplimiento.

2.4.4. Tiene Libertad de Formalidades.

La ley sólo exige que la voluntad debe ser expresa (art. 2808 Código Civil Federal). No así las fianzas legales o judiciales, las que para ser anotadas en el Registro Público de la Propiedad, es necesario como mínimo otorgarlas por escrito y ratificar las firmas ante fedatario (art. 3005 frac. III Código Civil Federal).²²

Las fianzas otorgadas por instituciones afianzadoras deben constar por escrito, ya que otorgan la fianza mediante pólizas.

2.4.5 Onerosa

En el caso de las fianzas otorgadas por instituciones afianzadoras, se debe cubrir la prima de acuerdo a la tarifa establecida, dicha tarifa es reportada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

2.5. CLASIFICACION.

- *Fianza Convencional.*
Cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo el fiador y el acreedor.
- *Fianza Gratuita.*
Cuando el fiador no recibe del acreedor una contraprestación por la obligación que asume.
- *Fianza Onerosa.*
Cuando el acreedor da una contraprestación al fiador por la obligación que éste asume.

²² Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 2000. Pág. 332.

De conformidad con el Código Civil Federal y otros ordenamientos legales las fianzas pueden ser:

- *Fianza Legal.*

Se indica que la fianza es legal, cuando la ley, en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar ésta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial.

En éste concepto, son fianzas legales la del tutor que antes de que se le discierna el cargo, debe de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con hipoteca, fianza o prenda (art. 519 Código Civil Federal). La del usufructuario que antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado a dar fianza para garantizar la devolución y los daños y perjuicios que pudiera cometer si no disfruta de estos bienes con moderación (art. 1006 Código Civil Federal).²³ Otra característica de este tipo de fianza es que el fiador no tiene derecho a la excusión de bienes.

- *Fianza Judicial.*

La fianza es judicial cuando deba otorgarse en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente.

Así, en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, puede decretarse que éste consiste en hipoteca, prenda, fianza o deposito (art. 317 Código Civil Federal).

Técnicamente todas las fianzas judiciales son legales, ya que el juez no puede imponer el otorgamiento de una garantía consistente en la fianza, sino es con fundamento en una disposición legal.

En la fianza judicial y en la fianza legal, el fiador debe acreditar su solvencia con bienes raíces inscritos a su nombre en el Registro Público de la Propiedad, no goza de los beneficios de orden y excusión; además, el obligado a otorgar tales fianzas puede sustituir ésta por prenda o hipoteca (artículos 2850, 2851, 2855 Código Civil Federal).

²³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 2000. Pág. 394.

La persona ante quien se otorgue una de esas fianzas deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad para que se haga una anotación de la misma en el folio real correspondiente al inmueble señalado para acreditar la solvencia, que producirá el efecto de presumir fraudulenta la enajenación que haga del bien el fiador, si de ésta resulta su solvencia (artículos 2852, 2854, 3044 Código Civil Federal).

- *Fianza Civil.*

La fianza es civil cuando se otorga por personas físicas o compañías, en forma accidental a favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del código civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncia públicamente y que no se empleen agentes que las ofrezcan (art. 2811 Código Civil Federal).

- *Fianza Mercantil.*

Se consideran fianzas mercantiles las expedidas por compañías de fianzas, mismas que se rigen por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Estas fianzas son onerosas, se prestan mediante una contraprestación denominada prima y se deben expedir mediante pólizas. Éste tipo de fianzas existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil (p. ej.: la fianza para garantizar la actuación de un consejo en una Sociedad Anónima.), o bien cuando es una fianza de empresa, es decir, la que otorga una institución de fianzas dedicada a este tipo de negocios y con autorización y permiso y bajo el control de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

- *Fianza Fiscal.*

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

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

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

2.6. EFECTOS DE LA FIANZA.

La fianza produce dos clases de efectos: unos que nacen directamente del solo contrato de fianza y que se conocen como relaciones y efectos entre el fiador y el acreedor; y otros efectos que no nacen directamente del sólo contrato de fianza; sino de hechos posteriores a su celebración, tales como el pago que el fiador efectúa de la obligación principal, o la insolvencia sobreviviente de un fiador u otros hechos similares; cuyos efectos se conocen como relaciones o efectos entre el fiador y el deudor principal, o la insolvencia sobreviviente de un fiador u otros hechos similares, o entre diversos cofiadores entre sí. Ocurre con éstos últimos efectos una situación semejante a la que se presenta en los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos (como el mandato gratuito, el comodato, el deposito no retribuido), en que las obligaciones a cargo de una de las partes nacen directamente del contrato y en el momento en que éste se celebra; en tanto que las obligaciones a cargo de la otra parte pueden nacer eventualmente y ya no directamente del contrato mismo, sino de hechos o actos realizados al ejecutarse dicho contrato.²⁴

2.6.1. Efectos Directos del Contrato.

El contrato de fianza es generalmente unilateral, porque sólo genera obligaciones para el fiador. También crea derechos y produce el efecto de que pueda oponer excepciones al exigírsele el cumplimiento de la obligación.

Si se establece una contraprestación a cargo del acreedor, el propio contrato determinará cuáles son las obligaciones para éste.

2.6.1.1 La obligación para el fiador.

Se genera para el fiador la obligación de dar cumplimiento a una prestación determinada en beneficio del acreedor, en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

²⁴ Sánchez Medal, Ramón, De Los Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 1997. Pág. 465.

En el caso de una afianzadora:

- Expedir la póliza, misma que contiene el contrato de fianza.
- Pagar la suma afianzada, la cual surge al momento en que sea exigible la obligación principal.

Del fiado:

- El pago de la prima por la contratación de la fianza respectiva.
- Establecer la garantía de recuperación.

2.6.1.2 Los derechos del fiador.

El fiador tiene derecho a gozar de los beneficios de orden y excusión y a oponer, ante el requerimiento de pago del acreedor determinadas excepciones.²⁵

- a) *Beneficio de orden*: es el derecho que tiene el fiador para que antes de ser demandado a pagar al acreedor, previamente se ejecute al deudor y se haga la sentencia en sus bienes.

Los requisitos de procedencia, es que no se haya renunciado al mencionado beneficio y se haga valer.

- b) *Beneficio de excusión*: consiste en que primero debe aplicarse todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación garantizada la que quedará extinguida o reducida (en beneficio del fiador quien en consecuencia lógica se libera en esa medida de su obligación) a la parte que no se ha cubierto, de acuerdo al artículo 2815 del Código Civil Federal.

- c) Los requisitos de procedencia, que lo haga valer el fiador y que señale bienes propiedad del deudor que basten para cubrir el crédito, que se encuentre dentro del Distrito Judicial en que deba hacerse el pago y que anticipe los gastos de excusión. (Artículo 2817 Código Civil Federal)

-
- d) Excepciones que puede oponer el fiador. El fiador puede oponer todas las excepciones que sean inherentes tanto a la propia fianza, como a la obligación principales, menos las que sean personales del deudor, como la falta de capacidad, y la nulidad por causa de vicios en la voluntad, de acuerdo al artículo 2812 del Código Civil Federal.

²⁵ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 2000. Pág. 281

2.6.2 *Los efectos derivados indirectamente del contrato de fianza.*

2.6.2.1 *Los derechos del fiador ante el deudor.*

Los derechos que tiene el fiador a cargo del deudor de la obligación garantizada, no se desprenden directamente del contrato, por que el deudor no es parte de él, sino que los impone en forma inmediata la ley y el contrato sólo es el activador de la hipótesis normativa.

Si el fiador contrata a ruego del deudor podrá:

a) Tener derecho a solicitar del deudor que asegure el pago de la obligación garantizada o que lo revele de la fianza, de acuerdo al artículo 2836 del Código Civil Federal:

I. Si fue demandado judicialmente por el pago;

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

III. Si pretende ausentarse de la República;

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

y

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

b) A que el deudor lo indemnice: Por la deuda principal, por los intereses de la cantidad pagada, desde que se notifique al deudor que hizo el pago, aun cuando este no estuviere obligado a pagarlos al acreedor.

c) De acuerdo al artículo 2830 del Código Civil Federal, tiene derecho a subrogarse en todos los derechos que el acreedor tenía en contra de su deudor.

2.6.2.2. *El beneficio de división.*

Es el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieron obligarse a menos que el deudor, todo esto en relación al artículo 2837 del Código Civil Federal.

Para que proceda éste beneficio, sólo se requiere que se haga valer. El beneficio no procede en los siguientes casos:

- Si se ha renunciado expresamente.
- Si el fiador se ha obligado mancomunadamente con el deudor.
- Si alguno de los fiadores se encuentra insolvente o en estado de concurso.
- Cuando el fiador que pagó prestó la fianza respecto de un negocio propio, y
- Cuando uno de los fiadores no pueda ser demandado en la República o se ignore su paradero, siempre que este llamado por edictos y no comparezca y no tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse su obligación.

2.7. MODOS DE EXTINCIÓN.

La obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras: por vía de consecuencia, o al extinguirse la obligación principal garantizada, o bien por vía principal, cuando se extingue la obligación del fiador, pero continúa viva la obligación del deudor principal.

Por *vía de consecuencia*, se extingue la obligación del fiador, de acuerdo al artículo 2842 del Código Civil Federal “La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones”. Como ocurre cuando se opera la confusión en la persona del acreedor y del deudor principal, a virtud de que la obligación del deudor principal y crédito correlativo del acreedor se confunde, por que uno herede al otro.

Otro punto importante es, el artículo 2847 del mismo ordenamiento que establece “La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones.

Una excepción al principio anterior lo es el caso de la fianza para garantizar una obligación natural, en los casos en los que la obligación principal pudiera ser declarada nula por incapacidad del

deudor principal (Art. 2797 Código Civil Federal, *in fine*), ya que la incapacidad es una excepción puramente personal del obligado.

Por *vía principal* se extingue la fianza, dejando viva la obligación del deudor principal, de dos maneras, o por las causas establecidas en el derecho común, o por ciertos modos propios o privativos de la fianza.

Los *modos del derecho común* que extinguen la fianza, son todas las causas generales de extinción de las obligaciones. Así, cuando el fiador ha llegado a ser acreedor del acreedor, se opera en su favor una compensación que libera total o parcialmente a dicho fiador, pero que no puede hacerse valer por el deudor principal si éste es demandado primero. Así mismo, si el acreedor hace remisión de la deuda al fiado, no queda liberado el deudor principal, ya que en ese caso el acreedor sólo renunció a la fianza, pero no a la deuda. Igualmente, si se opera la confusión en la persona del fiador, porque éste herede al acreedor o este al fiador, desaparece la fianza, pero el deudor principal sigue obligado.

Como *modos de extinción propios* de la fianza, puede señalarse los siguientes:²⁶

- a) Si el acreedor libera a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros cofiadores, la fianza se extingue hasta el importe de la parte de la deuda que corresponda al fiador liberado (Art. 2844 Código Civil Federal), pero continua la deuda en su totalidad frente al deudor principal.
- b) Si por culpa o negligencia del acreedor no pueden los fiadores subrogarse en los derechos de la prenda, hipoteca, retención o privilegios que tuviere el mismo acreedor, quedan liberados los fiadores, aunque sean solidarios con el deudor principal (Artículos 2830 y 2845 Código Civil Federal). Así mismo, la incuria del acreedor en promover el juicio de excusión, puede liberar total o parcialmente al fiador, en caso de insolvencia superveniente del deudor principal (Art. 2821 Código Civil Federal).
- c) Si el acreedor concede una prórroga o espera al deudor principal, sin consentimiento del fiador, se extingue la fianza (ara 2846 Código Civil Federal), dado que tal prórroga o espera agrava la responsabilidad del fiador, ya que si al momento de concederse ella, era solvente el deudor principal, puede ocurrir que más tarde no lo sea. Ésta misma solución debe darse cuando a virtud

²⁶ Sánchez Medal, Ramón, De Los Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México: 1997. Pág. 472.

de una transacción entre acreedor y el deudor, se expone al fiador de éste aún mayor peligro (Art. 2952 Código Civil Federal).

- d) Si el acreedor conviene con el deudor principal en sujetar la deuda principal a nuevos gravámenes o condiciones que la hagan más onerosa, o que exponga al fiador a un mayor peligro (Art. 2847 Código Civil Federal, *in fine*), tales hechos liberan al fiador de su responsabilidad.
- e) De acuerdo al artículo 2848 del Código Civil Federal, “El fiador se ha obligado por tiempo determinado, quede libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo.” El mismo ordenamiento señala que si una vez iniciado el juicio contra el fiador por el acreedor, deja éste de promover sin causa justificada por más de tres meses en dicho juicio.
- f) El artículo 2849 del Código Civil Federal señala “Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene el derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente dentro del plazo de un mes, el cumplimiento. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro el plazo mencionado, o si el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación.”