



El Derecho de las Instituciones de Fianzas a la Sustitución del Fiado en el Cumplimiento de su Obligación

Trabajo presentado para el XI Premio de Investigación sobre Seguros y Fianzas, 2004,

Lic. Francisco José López Álvarez
"MONPACK"



COMISIÓN NACIONAL DE
SEGUROS Y FIANZAS

XI

Premio de Investigación sobre
Seguros y Fianzas 2004

Segundo Lugar
Categoría de Fianzas

RESEÑA DEL TRABAJO.....	4
I.- LAS OBLIGACIONES Y SU CUMPLIMIENTO.....	11
1.1.- DE LAS OBLIGACIONES.....	11
1.1.1. LA OBLIGACION EN GENERAL.....	12
1.1.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION EN GENERAL.....	12
1.1.3.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.....	14
1.2.- DE LA OBLIGACION PRINCIPAL (AFIANZADA).....	15
1.2.1. CONCEPTO.....	15
1.2.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.....	16
1.2.2.2.- OBJETO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.....	16
1.2.2.3.- VINCULO JURIDICO QUE NACE EN VIRTUD DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.....	18
1.2.3.- LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACION EN LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.....	18
1.3.- DE LA OBLIGACION FIADORA.....	22
1.3.1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN FIADORA.....	22
1.3.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN FIADORA.....	24
1.3.3.- EL CARÁCTER DE TERCERO QUE TIENE EL FIADOR.....	33
1.3.4.- ALTERNATIVIDAD DE LA OBLIGACION FIADORA, APARENTE CONTRADICCIÓN CON EL ARTÍCULO 117 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.....	35
1.4. DEL PAGO.....	36
1.4.1.- CONCEPTO DEL PAGO.....	36
1.4.2.- EFECTOS DEL PAGO.....	38
1.4.3.- REQUISITOS DEL PAGO.....	39
1.4.4.- EL INCUMPLIMIENTO.....	42
1.4.5.- EL DERECHO DEL BENEFICIARIO AL CUMPLIMIENTO Y EL DERECHO DEL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO.....	44
1.4.6.- DERECHO DE UN TERCERO AL CUMPLIMIENTO Y LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR PARA CUMPLIR CON LA DEUDA AJENA.....	45
1.5.- FIGURAS ALTERNAS PARA EL CUMPLIMIENTO O PAGO DE LAS OBLIGACIONES.....	48
II.- LA SUBSTITUCIÓN DEL FIADOR, EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DEL FIADO.....	49
2.1.- ENUNCIACION LEGAL.....	49
2.2.- CONCEPTO DE LA SUBSTITUCIÓN.....	50
2.3.- DIFERENCIAS CON LA CESIÓN DE DERECHOS.....	57
2.4.- DIFERENCIAS CON LA SUBROGACIÓN.....	59
2.5.- DIFERENCIA CON LA ASUNCIÓN DE DEUDAS.....	62
2.6.- EL PAGO REALIZADO POR UN OBLIGADO SOLIDARIO.....	64

2.7.- CARÁCTER PROPIO DE LA FIGURA DE LA SUBSTITUCIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 121 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.....	65
2.7.1. NOTAS DISTINTIVAS.....	65
2.7.2.- NATURALEZA JURIDICA.....	66
2.8.- JUSTIFICACION Y UTILIDAD DE LA SUBSTITUCIÓN.....	66
2.9.- ESQUEMAS EJEMPLIFICATIVOS DE LA SUBSTITUCIÓN.....	69
2.9.1.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO.....	69
2.9.2.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE CUMPLIMIENTO.....	72
2.9.3.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE ANTICIPO.....	74
2.9.4.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE VICIOS OCULTOS Y CALIDAD.....	77
2.10.- DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES, MEDIANTE LA SUBSTITUCIÓN.....	77
III.- PROBLEMÁTICA Y REFORMAS NECESARIAS A FIN DE QUE EL PRIVILEGIO CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 121 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS PERMITA LA SATISFACCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL BENEFICIARIO Y REDUZCA EL QUEBRANTO EN PERJUICIO DE LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.....	83
3.1.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y TIPOS DE GARANTIAS EN LAS QUE OPERA LA SUBSTITUCIÓN.....	83
3.1.1.- POR FIADO O BENEFICIARIO.....	83
3.1.2.- POR PROCEDIMIENTO DE RECLAMO.....	83
3.2.- OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SUBSTITUCIÓN.....	85
3.2.1.- PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL EJERCICIO DE ESTE DERECHO.....	86
3.2.2.- PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON EL OTORGAMIENTO DE GARANTIAS SOBRE LOS TRABAJOS CUMPLIDOS.....	88
3.2.3.- LEGITIMACION DEL FIADOR PARA EXIGIR Y RECIBIR LA CONTRAPRESTACIÓN QUE PROCEDE CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO DE LA OBLIGACIÓN.....	89
3.2.4.- EFECTO LIBERATORIO DEL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.....	90
3.2.5.- PROBLEMÁTICA DE LA SUBSTITUCIÓN RELACIONADA CON EL TEMA DE LA EVICCIÓN.....	92
3.3.- LA OBLIGATORIEDAD DE LA SUBSTITUCIÓN.....	93
3.3.1.- LA OPOSICIÓN DEL FIADO AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO POR LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.....	93
3.3.2.- LA OPOSICIÓN DEL BENEFICIARIO AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO POR LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.....	95
3.3.3.- LA OPOSICIÓN DEL FIADOR AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO.....	96
3.4.- EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL FIADOR, CUANDO ESTE OPTO POR EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO y LA NECESIDAD DE UNA VIA ESPECIAL PARA QUE EL BENEFICIARIO PUEDA RECLAMAR EN FORMA EXPEDITA AL FIADOR, LOS DAÑOS Y PERJUICIO POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN.....	97

3.5. LA DACION EN PAGO Y ENTREGA EN FUNCIÓN DE PAGO.	98
3.6.- EL OFRECIMIENTO EN PAGO Y LA CONSIGNACIÓN PARA EL CASO DE MORA CREDITORI.	99
3.7.- CONSIDERACIONES ADICIONALES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SUSTITUCION.	100
3.7.1.- EL AVISO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.	100
3.7.2.- DEBERÁ EXISTIR UN DICTÁMEN DE PROCEDENCIA Y SUBSTITUCIÓN?	101
3.7.3.-¿PODRÁ Oponerse al fiador la indebida substitución en virtud de existir excepciones del fiado?.....	101
3.7.4.- ACCIONES DEL FIADOR FRENTE AL DEUDOR, EN VIRTUD DE LA SUBSTITUCIÓN.	102
3.8.- EL CUMPLIMIENTO SUBSTITUTO EN LOS CASOS DE ORDEN JUDICIAL DE NO PAGO O POR CONCURSO DEL FIADO O DEL BENEFICIARIO.....	107
3.9.- PAGO DEL FIADOR A UN SUJETO QUE NO ES ACREEDOR DEL FIADO. ERROR EN LA EXISTENCIA DEL ADEUDO.....	110
3.10.- OPOSICIÓN DEL FIADOR AL BENEFICIARIO, DE LAS EXCEPCIONES DEL DEUDOR.	111
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFIA.	114

RESEÑA DEL TRABAJO.

En esta investigación no se tocan los conceptos básicos de la fianza, puesto que se partió de la premisa de que existen diversos estudios que han definido en forma clara la fianza, su naturaleza jurídica, sus partes, las obligaciones y derechos que derivan de ésta y demás nociones generales.

Sobre el particular, estimamos que tocarlos de nuevo excederían el objetivo del tema planteado, por lo que en la presente investigación nos limitaremos a estudiar la figura de la sustitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el contexto teórico dentro del cual se desenvuelve, así como sus relaciones con otras figuras jurídicas con las cuales puede tener contacto, tanto referidas a la obligación fiadora como a la obligación principal.

Dentro del tema en estudio, las primeras inquietudes que se nos plantearon fueron tendientes a conocer la operación de la sustitución en la práctica, resultando de este estudio preeliminar la conclusión de que la figura no es utilizada por las Instituciones de Fianzas, dada su complejidad y su exigua regulación, que deja prácticamente a la imaginación del interprete todas las reglas a las que debe sujetarse su instrumentación, así como los derechos y obligaciones que resultan a cargo de las partes (acreedor, deudor y fiador).

Tan es así que inclusive, existen Instituciones de Fianzas, operando en forma masiva que a la fecha no han utilizado este privilegio, por las razones apuntadas.

Ello, nos llevó a identificar con mediana claridad, los distintos problemas a los que se enfrenta el fiador y el propio beneficiario, en el ejercicio de esta sustitución.

La problemática encontrada puede ser tan simple como definir: ¿en qué plazos podrá ejercitarse esta opción?; ¿dentro de que plazo deberá cumplirse la obligación por el fiador?; ¿en qué condiciones?; ¿cuál sería la naturaleza de esta sustitución?; ¿sería liberatoria del deudor?; ¿sería optativa para el fiador y obligatoria para el beneficiario, o será optativa para ambos?; etc.

Asimismo se hará un análisis de la naturaleza jurídica de la figura en estudio, de éste resultó la conclusión de que la figura prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es una especie de las formas de pago por tercero, que al ser reconocida al fiador, viene a constituir para éste un privilegio.

Estimamos conveniente, para abordar el tema seleccionado, partir del análisis de la obligación misma y sus consecuencias (el cumplimiento y el incumplimiento).

Ello obedece a que consideramos que la obligación a cargo del deudor principal es el punto fundamental de análisis, en la evaluación de la viabilidad de la sustitución o no en el cumplimiento de una obligación, por parte del fiador, y es precisamente de este punto de donde derivarían las reglas para identificar los supuestos en los cuales se podría actualizar la sustitución.

Lo anterior, ya que serán las características de esta obligación principal garantizada, las que definirán si es posible o no la ejecución sustituta del contrato por parte del fiador, es decir, si

es viable el pago por un tercero o no, p. ej.: En obligaciones de carácter *intuitu personae*, es entendible que el derecho del fiador se vea limitado por las características propias de la obligación garantizada.

Asimismo, esto también nos permitirá distinguir de lo que se denominará “el incumplimiento esencial” y el “incumplimiento no esencial”. De estos, el segundo es el que puede dar lugar al ejercicio del cumplimiento por parte del fiador.

Esta metodología resultó congruente inclusive, con el tema con el que se denomina esta investigación: *“EL DERECHO DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS A LA SUBSTITUCIÓN DEL FIADO EN EL CUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN”*.

Sentimos que este planteamiento tiene su fundamento en que, precisamente, lo que haría el fiador, al optar por el cumplimiento sustituto es, **cumplir con la obligación que el fiado tiene para con el beneficiario**, constituyendo así un supuesto de pago por tercero.

En este, tendrán importancia mayúscula los términos y condiciones bajo las cuales se haya pactado con el fiado la obligación principal, a fin de identificar si en el caso concreto estamos en presencia de un incumplimiento esencial, para así estar en aptitud de identificar una mora reparable y una mora irreparable.

De estar en la mora reparable, en el caso de la substitución, estimamos que deberán incluirse por el legislador reglas que produzcan variantes a las condiciones y términos en los que se pactó la obligación, dado que sería contradictoria la idea del cumplimiento sustituto para el caso de incumplimiento, con la necesidad de que este pago por tercero impida que se produzca un incumplimiento.

Estas variantes, estimamos que deberán ser atendidas en forma casuista por el legislador, puesto que es tal la variedad de supuestos que pueden generarse tantas inquietudes como contactos tenga el fiador con el beneficiario y posteriormente con el fiado.

No se puede partir de la premisa errónea (de la que parten algunos interpretes de esta figura), en la que consideran que la obligación del fiador (cuando opta por la substitución), se debe cumplir en los mismos términos y condiciones que la del fiador, puesto que tan solo por la cuestión temporal resulta imposible.

De acuerdo a lo anterior, lo que se propone en este trabajo es un análisis que tome en cuenta los siguientes temas a estudio:

- a) Elementos esenciales de la obligación principal y su relación con la obligación accesoria o fiadora.
- b) El planteamiento de la substitución tratando de identificar su naturaleza, la diferencia de ésta para con otras formas de pago por tercero, la utilidad de la figura y otros puntos importantes relacionados con ella.
- c) Finalmente, realizaremos un análisis de la problemática que en la práctica se puede apreciar, con una propuesta de solución para aquellos casos en los que la problemática derive de una laguna en la ley y finalmente las reformas que a nuestro modo de ver darían mayor utilidad a la figura en estudio.

En este último punto es donde metodológicamente optamos por abordar la problemática que surge con motivo de la aplicación efectiva de la substitución.

La problemática que identificamos, se pretende solucionar mediante una interpretación analógica del contenido material de las diferentes normas que rigen al pago por tercero, tratando de atemperarlas y ajustarlas de acuerdo a la naturaleza jurídica de la substitución.

En esta identificación ha sido de utilidad el tratar de entender con claridad la diferencia entre la substitución en el cumplimiento de la obligación prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, respecto de otras figuras (cesión de créditos, cesión de contrato, asunción de adeudo, subrogación) y respecto de otros pagos realizados por terceros (como puede ser el caso del cumplimiento sustituto que previenen los artículos 2064 a 2068 del Código Civil Federal).

Estimamos que el tema en estudio es relevante, para la operación de las Instituciones de Fianzas, puesto que efectivamente la aplicación de esta figura puede implicar la reducción de quebrantos para las Instituciones y por otro lado también constituye un medio eficaz de reducir los perjuicios del beneficiario derivados del incumplimiento.

Inclusive dentro del desarrollo del tema realizamos lo que sería una “corrida” ideal, que nos permite visualizar el efecto generador que puede tener el invertir el importe que tendría que pagar el fiador, y aportarlo al cumplimiento de la obligación.

Sobre este punto, se ha comentado que no siempre la substitución es la solución para reducir un quebranto, dado que el fiador se puede ver obligado a “invertir” más de aquello que tendría que pagar con motivo del incumplimiento del contrato (las personas que hacen estos comentarios parten de la base de que el fiador se limitará a pagar y el beneficiario a recibir).

Sin embargo, tal premisa en nuestra opinión es falsa, puesto que esta noción no atiende a la verdadera naturaleza y efectos de la figura, dado que no sentimos que en la intención del legislador esté el que el fiador se limite a realizar el pago de lo reclamado y que esto se destine al cumplimiento de la obligación.

Por el contrario, la intención del legislador es, permitir al fiador que cumpla con la obligación contratada, invirtiendo en ese cumplimiento el importe por el que se asumió responsabilidad en la fianza o inclusive invirtiendo cantidades mayores a las garantizadas por la póliza, con la finalidad de que el fiador pueda recibir este importe como contraprestación del propio beneficiario ante el cumplimiento sustituto de la obligación.

Como se aprecia, esto no necesariamente producirá un quebranto para el fiador, dado que, al constituir una forma de pago por tercero, necesariamente se producirán en su favor los derechos que tendría el fiado, en el caso de que hubiere cumplido con la obligación.

Estas obligaciones se refieren a los pagos que podrá recibir el fiador (y que hubieren correspondido al deudor), con motivo de la ejecución de la obligación contratada.

Es decir, no se puede pensar que este cumplimiento del fiador sea a título gratuito (puesto que ello implicaría traducir el incumplimiento en una sanción consistente en el cumplimiento de la obligación e impuesta al fiador), sino que debe concluirse que la razón de ser de este

“privilegio” es otorgar la oportunidad para que el fiador pueda cumplir con la obligación y de esta forma reduzca su responsabilidad por la amortización de anticipos, por la aplicación de la proporcionalidad en cumplimientos y por la generación de recursos al generar obra o entregas que generen el derecho legítimo al cobro de estimaciones y facturación a favor del fiador.

Conforme a ello, y como primeros supuestos en el que puede estimarse viable la substitución, serán aquellos casos en los que la obligación a cargo del deudor no ha sido aún pagada a éste por el beneficiario, puesto que en ese supuesto no sería financieramente conveniente el cumplimiento dado que el importe que invirtiera el fiador en el cumplimiento, no tendría vuelta por vía de pago del mismo por parte del beneficiario.

El segundo de los supuestos lo encontramos en aquellos casos en los que, sin haber pago por avance a favor del fiador, la substitución traería como consecuencia la reducción proporcional de responsabilidad.

Es decir, puede pactarse que ante el incumplimiento de cualquier cláusula de un contrato se pueda hacer exigible la fianza, sin embargo, si del análisis del reclamo resulta que la obligación incumplida puede cumplirse con importes menores al reclamado, desde luego será más conveniente para el fiador cumplir que pagar el reclamo y de esa forma se satisfacen ambos intereses, el del fiador, al hacer rentable su operación; y el del beneficiario, al lograr el cumplimiento de la obligación garantizada.

Estos dos supuestos, a su vez tendrán variantes y tendrán reglas que trataremos de desarrollar más adelante.

También resulta relevante el tema, dado que todas las obligaciones (cuando menos las contractuales), nacen para cumplirse.

Esta es la idea toral en la que se basan los contratantes, cuando actúan de buena fe en la celebración de un contrato.

En este sentido, vemos en la institución del cumplimiento sustituto por parte del fiador, no una herramienta de evasión de las obligaciones de éste, sino una herramienta adicional que permite la plena eficacia del fin de los contratos (su cumplimiento), dado que la idea de lograr el cumplimiento no tiene por que estar ausente en el beneficiario, aún en los casos en los que exista fianza otorgada para garantizar el acto.

Esto atiende inclusive al interés de los beneficiarios, los que ante el incumplimiento del fiado se han tenido que lamentar, puesto que este incumplimiento genera a su vez retraso en sus proyectos y el riesgo de desencadenar incumplimiento del propio beneficiario frente a otros contratantes.

Claro que, pese a la existencia de estas máximas, es la falibilidad humana, la que en ocasiones provoca que las obligaciones tengan un fin distinto al esperado y es cuando se presenta el incumplimiento de las obligaciones.

Este incumplimiento del fiado, genera, entre otras contingencias:

a) Distracción de recursos para atender el cobro de las pólizas, al grado tal que algunos llegan a tener Departamentos Institucionales dedicados exclusivamente al cobro de pólizas de fianza.

b) Atrasos en los proyectos para lograr el cumplimiento por parte de un nuevo contratista de la obligación incumplida, misma que desfasan hasta que logran hacer efectiva la póliza otorgada.

c) Financiamientos elevados para financiar el arranque de los trabajos incumplidos, en los casos en que la respuesta de las instituciones de fianzas, no se da dentro de los plazos que tienen éstas para emitir sus respuestas o cuando la respuesta es desfavorable a los intereses del beneficiario.

d) Pérdidas derivadas del incumplimiento, en virtud de que el importe de la póliza no resarce completamente las consecuencias derivadas de este evento.

Por lo anterior, el cobro de las pólizas de fianza, es la última expectativa que tiene el beneficiario cuando se llega a presentar el incumplimiento de un contrato y por ello, el pago por tercero o cumplimiento sustituto se torna en la solución más viable para resolver la problemática que genera el incumplimiento.

Por otro lado, respecto del fiador, este incumplimiento (del fiado) llega a constituir un evento no esperado ni buscado al momento de la emisión de la fianza.

También se encuentra dentro de estos eventos no esperados al momento de la emisión de la póliza de fianza, el quebranto que se produce en virtud del pago que realice el fiador de los importes reclamados.

En este caso, la sustitución o pago por tercero, también puede representar para el fiador, una herramienta que le permita reducir el quebranto en que se hubiere incurrido por el incumplimiento del fiado, dado que al darse cumplimiento a la obligación garantizada, las consecuencias a reclamar con cargo a la póliza también podrán estimarse disminuidas al desaparecer la causa generadora del reclamo o cuando menos ajustarse en función de los montos por lo que el fiador pudo avanzar en el cumplimiento.

Ahora bien, en la concepción de las reglas que deben regir a esta figura, es importante que se considere, que si bien el cumplimiento es una máxima que debe regir el contrato o la obligación no cumplida, también lo es que en su celebración las partes han definido determinadas condiciones, plazos y características del objeto, de modo tal que quien intente optar por el cumplimiento deberá tener presente como es que fue asumida la obligación por el fiado; asimismo, también el legislador deberá prever cuáles serán los derechos mínimos del fiador que intente el cumplimiento sustituto, para así dejar claros los supuestos en los cuales se podrá dar éste.

Es en este punto, en el que la legislación debería ser más explícita para establecer cláusulas naturales propias a la fianza, relacionadas con la sustitución, que permitan prever de antemano, las relaciones que se establecerán entre el beneficiario y el fiador, con motivo del incumplimiento del fiado, y las reglas claras para identificar de mejor forma el incumplimiento no esencial de la obligación garantizada.

Es decir, normas que prevean claramente los plazos y condiciones a las que se sujetará, no ya el deudor, sino el fiador, en el cumplimiento de la obligación; y que prevean, además, todas las consecuencias que en su caso se derivarían de la substitución en el cumplimiento de las obligaciones (p.ej: la garantía de vicios ocultos, la legitimación para el pago de avances de obra, etc.).

Como se aprecia, resulta evidente la importancia que tiene la figura de la fianza, como medio para legitimar a un tercero que, de buena fe, puede participar, con el acreedor (beneficiario), en la debida satisfacción de su derecho de crédito, mediante "la entrega de la cosa debida" instrumentada por vía del ejercicio de privilegio que otorga al fiador el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Como se verá, esta substitución en el cumplimiento de la obligación, permite al fiador hacer frente a su obligación y en esa misma forma que el beneficiario, a su vez, vea satisfecha la expectativa que tenía respecto del cumplimiento de la obligación principal.

Es decir, el ejercicio de este derecho del fiador puede representar el cumplimiento de la obligación principal, tal y como estaba pactada (salvo las variantes que se presentan en virtud del incumplimiento), con la reducción considerable de los daños y perjuicios en perjuicio del beneficiario.

Finalmente podemos afirmar que la problemática que envuelve a esta figura, puede válidamente agruparse en los siguientes rubros:

a) Problemática técnica.- El objeto de la obligación principal puede ser variado y de alta especialidad, razón por la cual es difícil que el fiador pueda cumplir con medios propios o que inclusive no pueda conseguir quien, en su nombre, realice los trabajos incumplidos por el fiado.

b) Problemática física.- El objeto de la obligación principal es de carácter tal que no puede ya cumplirse con la obligación.

c) Problemática jurídica.- La legislación tiene lagunas que no resuelven los supuestos ni el procedimiento que regulan este privilegio y de donde derivan problemas de legitimación del fiador, plazo para el cumplimiento a cargo del fiador, régimen financiero del cumplimiento de la obligación, legitimación para recibir los pagos de los flujos que el contrato genere y modo, la forma de cumplirse con la obligación y la problemática de los contratos intuitu personae. Aunado a ellos también están los problemas relacionados con la recuperación que deberá intentar el fiador respecto de aquellos daños y perjuicios que se le causen (por el fiador), en virtud del incumplimiento de la obligación y por tener que sustituirse en el cumplimiento de la obligación.

d) Problemática financiera.- En ocasiones el cumplimiento de la obligación a cargo del fiador puede representar pérdidas mayores que las propias al pago de la reclamación. Es decir, se deberá partir de considerar que en el cumplimiento de la obligación no deberá actualizarse una pérdida mayor a aquella que se produciría de pagarse el reclamo en el caso de incumplimiento.

e) Por el tipo de obligación incumplida.- Esta figura aplica sólo en aquellos casos en los cuales la obligación del fiado tiene por objeto un hacer o un dar, por tanto no

aplica en los casos en que el objeto de la obligación sea un no hacer; tampoco operará en los casos en que la obligación sea intuitu personae.

A pesar de la problemática expuesta, es evidente que en algunos casos, mediante el ejercicio de este privilegio puede el fiador reducir sustancialmente el riesgo derivado del incumplimiento, con la ventaja al mismo tiempo de la debida satisfacción del acreedor beneficiario.

En este sentido es de aclarar que la bibliografía no toca la figura en estudio, existiendo amplios trabajos sobre otras figuras similares, pero que no permiten una aplicación irrestricta dado que sus supuestos y sus efectos son distintos.

En cuanto a su naturaleza, para algunos es una asunción de adeudos; para otros, una subrogación pasiva y para otros, se traduce en que la obligación fiadora tiene un objeto alternativo, para otros es sólo una forma de pago por tercero, sujeta a condiciones y términos distintos a los pactados por el fiado.

Sobre este punto, se comentarán las objeciones que tenemos a las distintas posturas, a fin de proporcionar al lector información suficiente para modelar un juicio personal sobre este punto.

Como conclusión de esta investigación se pretende llegar a tratar todos estos puntos en forma sistemática, para que el lector pueda apreciar esquemáticamente la realidad de esta figura.

I.- LAS OBLIGACIONES Y SU CUMPLIMIENTO.

1.1.- DE LAS OBLIGACIONES.

El tema total de la investigación parte del concepto mismo de la obligación.

Es decir, hablamos del vínculo que se genera entre ésta, sus efectos (cumplimiento de ésta) y en su caso la viabilidad de que otro la cumpla cuando el deudor principal no puede o no quiere dar este cumplimiento.

El tema en estudio plantea la necesidad de buscar solución a la consecuencia del incumplimiento; es decir, a realizar un análisis de las figuras que permiten resolver el incumplimiento, aún cuando en éste participa un tercero.

Estas formas desde luego obligan a identificar como puede cumplirse una obligación, y en su caso, quien puede hacerlo.

Lo anterior a fin de identificar si el tercero, cuando intente dar cumplimiento, se encontrará sujeto a las mismas condiciones, términos y demás modalidades a las que se sujetó la obligación principal.

Asimismo, a fin de identificar si cualquier tercero tiene el derecho a cumplir.

Es decir, tanto desde la perspectiva del fiado como del fiador, se realizará un análisis para definir con precisión, sus consecuencias: su incumplimiento y la forma de regularizar esta situación.

Lo anterior dado que:

“...el derecho de crédito o la obligación misma es una relación jurídica abierta a la intervención de personas ajenas a aquélla, y puede verse afectada, modificada y aún extinguida. En ese preciso instante, la obligación no es otra cosa que el objeto de una determinada intervención.

Desde esa óptica...hay que precisar algunas cosas. Y, por ello...será indispensable comprobar de qué manera afecta dicha intervención a los sujetos, al objeto y al propio vínculo de la obligación intervenida. Y de aquí que la intervención puede alterar la composición subjetiva de la relación obligatoria intervenida, puede sustituir la actividad del deudor sujeto a la prestación y aun puede extinguir el propio vínculo ajeno.

Estos tres efectos posibles de la intervención de deuda ajena son ampliamente permitidos por la ley...de una manera clara, hasta el punto de que podría hablarse de la ‘despersonalización’ del vínculo obligatorio, que ‘debe’ ser cumplido por el deudor pero ‘puede’ ser cumplido por cualquiera.”¹

¹ Hernández Moreno, Alfonso. EL PAGO DEL TERCERO. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1983. p. 4.

1.1.1. LA OBLIGACION EN GENERAL.

La obligación se conceptúa como:

"...La sustancia de las obligaciones consiste...en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo..."²

Por su parte, Baudry-Lacantinerie et Barde, señalan que:

"...La obligación...puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están...comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa."³

Borja Soriano adopta la siguiente postura:

"...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 abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor."⁴

Finalmente, Gutiérrez y González⁵ la define como:

"...la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral)..."

Como tal, es un vínculo jurídico en virtud del cual se tiene que dar, hacer o no hacer algo a favor del acreedor.

De lo anterior se tiene que, por obligación debe entenderse el dar, hacer o no hacer que tiene que realizar un sujeto a favor de otro, y cuyo cumplimiento puede ser exigido, es decir, la cosa que el obligado debe dar o el hecho que debe hacer o no hacer.

De esta noción se parte al realizar un análisis de cualquier supuesto de cumplimiento, puesto que será esta, la obligación que el deudor o un tercero deberán y podrán cumplir.

Conforme a ello, es de los elementos de la obligación de donde se identificarán las bases en que ésta deberá ser cumplida.

1.1.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION EN GENERAL.

Son elementos de la obligación los siguientes:

² García del Corral Cit. P. Borja Soriano, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Ed. Porrúa. México, D.F. 1985. p. 69.

³ Baudry-Lacantinerie et Barde Cit. P. Ibidem. P. 70.

⁴ Ibidem. P. 71.

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. México. 1993. P. 95.

- a) El objeto.
- b) Los sujetos.
- c) El vínculo jurídico.

1.1.2.1. OBJETO DE LA OBLIGACION EN GENERAL.

Se define el objeto de la obligación de acuerdo a lo siguiente:

“Se llama objeto de la obligación lo que puede exigir el acreedor al deudor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de dinero: se le llama entonces prestación; puede ser también un hecho negativo, es decir, una abstención. Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva, se hace una subdistinción...las que tienen por objeto prestaciones de cosas...y se les llama obligaciones de dar...Las obligaciones positivas que no son de dar, son las que tienen por objeto prestaciones de hecho...y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas...toman el nombre de obligaciones de no hacer...”⁶

De la descomposición del mismo tendremos que básicamente son tres las prestaciones con las que el deudor cumple con su obligación:

- a) Un dar.
- b) Un hacer.
- c) Un no hacer.

Al tenor del texto del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sólo aplicará el privilegio en estudio respecto de las obligaciones con una prestación de dar o de hacer, según se expondrá más adelante.

1.1.2.2. LOS SUJETOS DE LA OBLIGACION EN GENERAL.

Se tiene un sujeto activo y uno pasivo.⁷

- a) El sujeto activo es el que se encuentra facultado por la norma para exigir de otro el hecho positivo, el hecho negativo o el dar que constituye el objeto de la obligación.
- b) El sujeto pasivo, es el que tiene contraída alguna deuda.⁸

Con relación al deudor, se nos obliga, por la naturaleza del tema en estudio, a distinguir aquellos casos en los que, por voluntad de las partes o de la ley, sólo determinados sujetos pueden serlo.

⁶ Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 73.

⁷ Ibidem. P. 72.

⁸ Rafael de Pina. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa. México. 1985. P. 234.

Sin embargo, es importante no confundir lo que son los sujetos de la obligación, con las personas que tengan aptitud de cumplir con una obligación, sin ser sujetos de la misma.

Esta última noción será trascendente en el desarrollo de esta investigación.

1.1.2.3. EL VINCULO JURIDICO DE LA OBLIGACION EN GENERAL.

Es el nexo que se establece entre quienes son parte en el acto jurídico.

“Es una relación jurídica protegida por el derecho objetivo, que da al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente.”⁹

A contrario sensu, todos aquellos que no tengan el carácter de sujetos, se encontraran excluidos de la eficacia de este vínculo jurídico, salvo que se trate del fiador, el cual, por virtud de su propia declaración unilateral de voluntad, vincula su suerte a la que tenga el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones afianzadas.

1.1.3.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

En la teoría existen diversas fuentes de las obligaciones.

a) El contrato.- Constituye la fuente de las obligaciones por excelencia, y se conceptúa como el “...acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídico...”¹⁰; por su parte nuestro Código Civil Federal establece que “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”¹¹

b) Las fuentes extracontractuales.- Dentro de estas nos encontramos a la declaración de voluntad; el enriquecimiento ilegítimo; el pago de lo indebido; la gestión de negocios; los hechos ilícitos; el riesgo creado o responsabilidad objetiva y los hechos puramente materiales.

De las obligaciones que derivan de estas, prácticamente todas son susceptibles de generar obligaciones afianzables, y algunas de estas, son susceptibles de ser cumplidas por un tercero¹².

⁹ Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 72.

¹⁰ Colin y Capitant. Cit. P. Ibidem. P. 111.

¹¹ Artículo 1793 del Código Civil Federal.

¹² Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Contratos II. Tomo VI.. Ed. Porrúa. México, D.F. 1997. p. 298. Sobre el particular, el autor en cita señala que “...De todo lo expuesto anteriormente se desprende que toda clase de obligaciones lícitas y por consiguiente válidas, pueden ser afianzadas, tanto principales como accesorias, de dar, hacer o no hacer, líquidas o ilíquidas, presentes o futuras, puras o sujetas a modalidades...”

Así tenemos que relacionadas con el inciso a), podemos mencionar al contrato de obra (pública y privada), de adquisiciones, de arrendamiento, de suministro, de distribución, de compraventa, de gestión, de franquicia, etc.

De estos contratos, el objeto de los mismos en unos casos es un dar, en otros un hacer y en otros un no hacer.

Por razón de este estudio, el análisis que realizaremos en este trabajo, se dirigirá a las obligaciones que deriven de las fuentes contractuales.

Dentro de los diferentes tipos de obligaciones que surgen en las relaciones jurídicas que se dan con motivo de operaciones garantizadas con fianza tenemos las siguientes:

- a) La obligación principal.
- b) La obligación accesoria.

1.2.- DE LA OBLIGACION PRINCIPAL (AFIANZADA).

1.2.1. CONCEPTO.

Se conceptúa como el vínculo jurídico que se establece entre deudor y acreedor (fiado y beneficiario), en virtud del cual, el deudor (fiado), se obliga frente al acreedor (beneficiario), a realizar un dar, hacer o no hacer; y éste último tiene la posibilidad de exigir este cumplimiento, aún en contra de la voluntad del fiado.

Esta obligación, como se señalaba, puede derivar tanto de las fuentes contractuales como de las extracontractuales; y constituye el objeto de garantía, cuando se relacionan con la emisión de alguna póliza de fianza.

Es decir, constituye el vínculo jurídico que se establece entre el deudor y el acreedor y cuyo debido cumplimiento garantiza el fiador, en virtud de la póliza otorgada (y comprenderá la garantía del cumplimiento, de la calidad, de la ausencia de vicios o de la debida inversión de anticipos o de posibles daños y perjuicios).

Son elementos de ésta:

- a) Los sujetos.- Como sujetos de la obligación, tendremos al fiado y al beneficiario, que son los sujetos que se encontrarán obligado y facultado, uno frente al otro.
- b) El objeto de la obligación.- Es el dar, hacer o no hacer que compromete el fiado frente al beneficiario. Dentro de este objeto, obviamente habría que considerar también todas las modalidades de las obligaciones que existieren para la obligación, así como las características precisas que las partes hubieren pactado para la debida satisfacción del objeto de la obligación.
- c) Un vínculo jurídico.- Que se establece entre fiado y beneficiario, y que deriva del acto jurídico celebrado o que tuvo lugar, y en virtud del cual, el fiado se encuentra obligado frente al beneficiario para realizar un dar, hacer o no hacer; y a su vez, que faculta al beneficiario para exigir ese dar, hacer o no hacer.

Son estos tres elementos los que debemos analizar en cada obligación garantizada precisamente para poder concluir, con posterioridad a ese análisis si la obligación garantizada es susceptible de ser cumplida en forma sustituta por el fiador.

1.2.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

1.2.2.1 SUJETOS DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

En cuanto a los sujetos de la obligación principal, son aquellos que intervienen en forma directa en la celebración del contrato garantizado, es decir, los que son partes en el contrato de compraventa, de obra, de proveeduría, etc.; y que es garantizado por la fianza.

Se identifican como el sujeto activo de la obligación y el sujeto pasivo de ella, el fiado y el beneficiario.

A) El activo, es aquél en cuyo favor nace el derecho para exigir el cumplimiento y quien a su vez se encuentra obligado a recibir el cumplimiento de la obligación.

B) El pasivo, es aquél en cuyo favor nace el derecho para cumplir y quien a su vez se encuentra obligado a realizar el dar, hacer o no hacer que constituye el objeto de la obligación.

1.2.2.2.- OBJETO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

A) Características del objeto.-

Tratándose de obligaciones de dar, el objeto consistirá en:

“ARTICULO 2011.- La prestación de cosa puede consistir:

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.”

Tratándose de obligaciones de hacer o de no hacer, el objeto podrá consistir en la prestación del hecho o abstención convenidos, según se desprende de los artículos 2027 y 2028 del Código Civil Federal:

ARTICULO 2027.- Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

ARTÍCULO 2028.- El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

B) Requisitos del objeto.-

El objeto que consiste en un dar (cosa), deberá satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Conforme se establece por el artículo 1825 del Código Civil Federal, debe la cosa existir en la naturaleza, es decir, no debe tener una existencia real (con la salvedad prevista por el artículo 1826 del Código Civil Federal).
- b) También debe ser determinada o determinable, en cuanto a su especie¹³;
- c) Finalmente, debe estar en el comercio, de modo tal que pueda ser objeto de tráfico comercial, es decir, "...aquellas cosas que en su totalidad no pueden ser objeto de derechos privados..."¹⁴

La cosa debe ser:

"...un bien de tal naturaleza, que pueda ejercitarse sobre él la actividad económica del hombre, mediante la adquisición y el cambio. Por eso cosa en el sentido jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales; todo lo que es permutable, porque representa una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta."¹⁵

Es decir:

"...no es sólo lo que forma parte del mundo exterior y sensible, lo que ocupa un espacio, toda vez que no sólo esto puede producir una utilidad económica; de aquí que la distinción romana de cosas corporales e incorporeales o, mejor, materiales, son las que caen bajo los sentidos, ora sean cosas que tienen un cuerpo en el sentido físico...cosas incorporeales o inmateriales son las que no obran sobre los sentidos, pero que son objeto tan sólo de la percepción intelectual..."¹⁶

Por su parte, el objeto que consiste en un hacer o no hacer, deberá satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Conforme se establece por el artículo 1827 del Código Civil Federal, debe ser: Posible (física y jurídicamente), es decir, no debe ir en contra de una ley de la naturaleza o jurídica que deba necesariamente regirlo¹⁷

¹³ Es determinable el objeto, cuando pueda identificarse de modo tal que resulte líquido dentro del plazo previsto por el artículo 2189 del Código Civil Federal.

¹⁴ Coviello, Nicolás. DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO CIVIL. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2003. p. 302.

¹⁵ Ibidem. P. 269.

¹⁶ Ibidem. P. 270.

¹⁷ El concepto de la imposibilidad se desarrolla por el artículo 1828 del Código Civil Federal: "...Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

Por otro lado, el artículo 1829 del Código Civil Federal prevé la siguiente nota distintiva: ARTICULO 1829.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

b) Tampoco debe ser ilícito, es decir, no debe ir en contra de una ley de orden público¹⁸, salvo las renunciaciones permitidas por la ley¹⁹.

1.2.2.3.- VINCULO JURIDICO QUE NACE EN VIRTUD DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

Se distingue en la doctrina, el vínculo jurídico principal, del vínculo jurídico accesorio, en virtud de que el primero es el que une al fiador frente al beneficiario, y en virtud del cual se le puede exigir al primero, por el segundo, el cumplimiento de la obligación pactada.

Mientras que el vínculo jurídico accesorio, es el que nace entre fiador y beneficiario, en virtud del cual se puede exigir por el segundo, del primero, el cumplimiento de la obligación asumida mediante la emisión de la póliza de fianza.

Es decir, mientras que el vínculo jurídico principal une al acreedor beneficiario con el deudor fiado, el accesorio une al fiador con el beneficiario.

¿Este vínculo jurídico principal es el mismo que el vínculo jurídico accesorio?

La respuesta obligada es no, en razón de que puede llegar a extinguirse el vínculo accesorio y subsistir el principal (como puede ser en el caso de que se actualice la causal prevista por el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, lo cual implica sólo que el fiador se ha liberado, sin embargo el deudor principal seguirá vinculado para con el acreedor beneficiario.

1.2.3.- LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACION EN LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

De los conceptos anteriores se resalta la importancia de la persona tanto en el derecho a cumplir, como el derecho a exigir el cumplimiento.

Esta cuestión se relaciona con el tema de la legitimación, entendida ésta como la aptitud legal de la persona, para cumplir o exigir el cumplimiento de la obligación.

¹⁸ Se citan los siguientes artículos:

ARTÍCULO 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

ARTÍCULO 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

¹⁹ En cuanto a la ilicitud prescriben los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil Federal lo siguiente:

ARTICULO 6º.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

ARTICULO 7º.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

ARTICULO 8º.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Al respecto el maestro Ramón Sánchez Medal menciona que existen diversos tipos de legitimación: la ordinaria y directa, y la extraordinaria e indirecta.²⁰

En base a éstas es como se define quien tiene derecho a exigir el cumplimiento y quien tiene a su vez el derecho a cumplir, también quien tiene la obligación de aceptar el cumplimiento y quien tiene la obligación a cumplir con la obligación pactada.

Es importante para efectos de la investigación tener presente la legitimación sustantiva, que se distingue de la procesal, en virtud de que la legitimación *ad processum*, se vincula más a la idoneidad de la persona para comparecer a juicio, mientras que la procesal se vincula a la existencia misma del derecho u obligación a favor o a cargo de un sujeto determinado.²¹

²⁰ Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1991. p. 66. "....Hay contratos en los que, por excepción, aunque se hayan celebrado con todos los requisitos generales de validez, carecen de efectos jurídicos, en virtud de que por razones de interés público y no por ineptitud natural de las personas que los celebran, la ley prohíbe a estas personas su celebración ni por sí, ni por representante. Es el caso de la falta de legitimación para celebrar con eficacia jurídica un determinado contrato...."

²¹ Se insertan los siguientes criterios que puntualizan lo referido en líneas arriba: Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Abril de 1993. Tesis: II.3o.211 C. Página: 202. **ACCION, SE PRECISA LA LEGITIMACION DEL ACTOR PARA SU PROCEDENCIA.** Para que pueda haber sentencia favorable al actor, debe concurrir la legitimación "ad causam" sobre el derecho sustancial, que implica tener la titularidad del derecho que se cuestione; por lo que si no existe tal, por no ser el actor el titular del derecho de arrendamiento, la resolución que declara procedente la acción del actor y condena al demandado al pago y cumplimiento de las prestaciones reclamadas por aquél, es contraria a derecho. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 608/92. Ofelia Núñez Tovar. 21 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández. Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IX, Marzo de 1992. Página: 236. **LEGITIMACION, ESTUDIO OFICIOSO DE LA.** La legitimación de las partes constituye un presupuesto procesal que puede estudiarse de oficio en cualquier fase del juicio, pues para que se pueda pronunciar sentencia en favor del actor, debe existir legitimación *ad causam* sobre el derecho sustancial, es decir que se tenga la titularidad del derecho controvertido, a fin de que exista una verdadera relación procesal entre los interesados. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 410/91. Margarita Bertha Martínez del Sobral y Campa. 10 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia VI.2o.C. J/206, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, julio de 2001, página 1000, de rubro "LEGITIMACIÓN, ESTUDIO OFICIOSO DE LA.". Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Página: 312. **LEGITIMACION PASIVA AD CAUSAM Y AD PROCESUM.** Si la persona contra la que se endereza la demanda no es aquella que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación demandada, estará legitimada *ad processum* para actuar en el juicio, dado que se está entablado en su contra y tiene la ineludible necesidad de defender jurídicamente, pero ello de ninguna manera la estará legitimando pasivamente *ad causam* para responder del cumplimiento de la obligación que se demanda, por no ser la titular de la misma, que es lo que le daría la legitimación pasiva *ad causam*. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 445/89. Julián Torres Pulido. 20 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: María del Rocío F. Ortega Gómez. Novena Época. Instancia: DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Septiembre de 2002. Tesis: I.11o.C.36 C. Página: 1391. **LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA CAUSA. ES UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y SÓLO PUEDE ANALIZARSE DE OFICIO POR EL JUZGADOR AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA.** La legitimación activa en la causa no es un presupuesto procesal sino una condición para obtener sentencia favorable, esto es, se trata de una condición necesaria para la procedencia de la acción, y consiste en la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley, por lo que el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde, de tal manera que la legitimación *ad causam* atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por ende, es evidente que sólo puede analizarse de oficio por el juzgador en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva y no antes. DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 155/2002. Gracia María Martinelli Pincione. 22 abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Fidel Quiñones Rodríguez. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XI, mayo de 1993, página 350, tesis I.3o.C.584 C, de rubro:

En este sentido, también es importante distinguir:

- a) Legitimación de parte en el contrato.
- b) Legitimación para ejercer derechos distintos a los de parte en un contrato.

Se formula la distinción anterior, puesto que sólo tienen la legitimación de parte, quienes se encuentran vinculados por el nexo jurídico que deriva de la obligación, de modo tal que son estos los sujetos, que tienen todos los derechos y prerrogativas que se reconocen a los contratantes.²²

Esta se distingue de la legitimación para ejercer derechos distintos a los que les corresponden a las partes, y se entiende como aquella que corresponde a los sujetos, que sin ser parte, pueden ejercer derechos que les confiere la ley, aún sin ser partes.

Dentro de éstas, se encuentran precisamente los derechos del tercero, que con interés o sin él, puede cumplir con la obligación a cargo del deudor (que es un derecho distinto al que corresponde al deudor para cumplir con su obligación, el cual sí es un derecho que corresponde a una de las partes en el contrato).

Al no ser un derecho exclusivo de las partes el cumplimiento, no puede decirse que se vea comprometida la legitimación del deudor, por el hecho de que un tercero cumpla por éste su obligación.

Es decir, no puede concebirse excepción alguna a la obligación que tiene el acreedor de recibir el pago, aún cuando éste se realice por parte de un tercero, cuando éste se da en los términos pactados.

Sin embargo, sobre el particular se han establecido limitaciones,²³ que imponen tanto al acreedor como al tercero determinadas reglas a las que debe sujetarse el ejercicio de estos derechos.

En todo caso, la limitación más importante deriva del tenor de los artículos 2062 y 2078 del Código Civil Federal:

"ARTICULO 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."

"ARTICULO 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley...."

"LEGITIMACIÓN PROCESAL Y EN LA CAUSA, DIFERENCIAS." y Séptima Época, Volúmenes 199-204, Sexta Parte, página 99, tesis de rubro: "LEGITIMACIÓN 'AD CAUSAM' Y LEGITIMACIÓN 'AD PROCESUM'".

²² Como ejemplo de estos tenemos la legitimación para recibir la contraprestación que corresponde al cumplimiento del deudor, la legitimación para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación, etc.

²³ Artículos 2063, 2064, 2065, 2066, 2067 y 2068 del Código Civil Federal, puesto que en estos artículos se prevén los supuestos relativos a quien puede hacer el pago, sin embargo, deberán interpretarse en función de los artículos 2062 y 2078 del mismo cuerpo legal, que prescribe.

El pago podrá realizarse (sea por el deudor o por un tercero), cuando así lo permita la naturaleza de la obligación, cuando no contravenga lo pactado y cuando éste no constituya pago parcial del adeudo que tiene el fiado.

Aquí también el legislador²⁴ ha reconocido un interés legítimo del beneficiario, para rebatir el pago que pueda realizarse por un tercero, atendiendo a las características del deudor. Es decir, cuando hubiere sido pactado como elemento esencial o como motivación de la voluntad para contratar, las habilidades, pericia, arte o cualidades del deudor.

En este caso, no podrá un tercero cumplir por éste la obligación, puesto que no cualquiera puede realizar, en su nombre, el cumplimiento de ésta.

En la práctica, se ha estimado por diversos beneficiarios que la figura del pago por tercero, es una opción inviable, puesto que del tenor de los diversos contratos deriva la exclusividad para cumplir a favor del deudor, por otro lado, también encuentran esta limitación al cumplimiento sustituto, en el acuerdo de voluntades de las partes y finalmente, en otros supuestos, de la falta de regulación en las Leyes especiales que rigen los diversos contratos en los que se tiene el riesgo de incumplimiento (p. ej: contratos de obra, adquisiciones, compraventa y prestación de servicios públicos).

Conforme a ello, los contratos que fueron celebrados tomando en consideración la persona del deudor o la habilidad del deudor, denominados contratos "intuito personae", y que por su propia naturaleza son contratos que solamente el deudor con el que se contrato puede cumplirlos.²⁵

²⁴ En apoyo de esta interpretación, también podemos citar algunos criterios jurisprudenciales. Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV-II, Febrero de 1995. Tesis: VI.3o.395 C. Página: 74. **CONTRATO. CARECE DE LEGITIMACION PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DERIVADAS DE EL, QUIEN LO SUSCRIBIO SIN FIGURAR EN SU TEXTO COMO PARTE.** Si una persona sin ser parte de un contrato lo suscribe indebidamente, de ninguna manera puede prevalerse de tal hecho para ejercitar las acciones derivadas de tal contrato, pues carece de legitimación para hacerlo, ya que la finalidad que se persigue al rubricar un contrato es la de aceptar formalmente su contenido, y el único que puede aceptar éste es quien fue parte en el acto jurídico que aquél contenga. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 141/94. Yolanda Reyes Soto. 21 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores. También citamos el siguiente criterio: Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIII, Junio de 1994. Tesis: II.2o.192 C. Página: 597. LEGITIMACION PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional o instancia administrativa con la petición de que se inicie la tramitación de un juicio o del procedimiento respectivo. A esta legitimación se le conoce con el nombre de "ad processum" y se produce cuando el derecho que se cuestionara en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación "ad causam" que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionara, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación "ad processum" es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la "ad causam" lo es para que se pronuncie sentencia favorable. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 77/94. Consuelo Sánchez y asociados, S.C. 11 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

²⁵ "Intuito Personae...Locución latina que significa: por razón de la persona o en consideración a ella. Dicese de los contratos celebrados con una persona de la que se tiene en cuenta su especialización o versación en alguna materia, sus cualidades morales, la confianza que el contratante deposita en ella u otra característica que determine la elección del obligado, de forma insustituible."García Mendieta, Carmen. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo IV. México, 2002. p.675.

Estos contratos tienen la característica fundamental de no poder ser cumplidos por otros sujetos distintos al propio obligado, razón por la cual se estima de estricto cumplimiento.

En este punto deberá tomarse en cuenta que no todo contrato, por sí mismo es *intuitu personae*, sino que son las partes, las que en virtud del propio acuerdo de voluntades, pactan este carácter.

Por otro lado también la ley es la que otorga tal carácter, como ocurre en los siguientes contratos: P. ej. Contrato de obra (artículo 2633 del Código Civil Federal) o el mandato.

Por otro lado, también tenemos otros contratos que regula el derecho administrativo, y para los cuales, la substitución del deudor es una figura ajena, dadas las características propias a la obra y proveeduría pública.

En estos casos se habla de contratos que definen al sujeto deudor, después de un proceso de selección (licitación) y por lo mismo, el sujeto del contrato debe coincidir con aquel que obtuvo el fallo en el procedimiento.

Sin embargo, lo comentado en el párrafo anterior debe tomarse con limitaciones, dado que ni la Ley de Obra Pública ni la Ley de Adquisiciones regulan actualmente el problema de la substitución, por lo que son las normas que establecidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las que definirán su aplicación o no.

Salvo estas dos excepciones, los demás contratos no se celebran en atención a la persona del deudor y por lo tanto admiten la substitución de parte.

Ahora bien, esto no implica que no pueda haber un tercero que pueda cumplir válidamente con la obligación, dado que el que no se pueda dar la substitución de parte, no implica que un tercero pueda dar cumplimiento al contrato, puesto que en este caso no operaría la substitución en la personalidad jurídica del deudor, por parte del tercero (que vendría a convertirse en el nuevo deudor).

1.3.- DE LA OBLIGACION FIADORA.

1.3.1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN FIADORA.

La obligación fiadora, es aquella obligación accesoria²⁶, que deriva a cargo del fiador, con motivo de la obligación que este asume frente al beneficiario, y en virtud de la cual, el segundo, puede exigir del primero un dar, que se actualizará al momento en que se satisfagan las condiciones de exigibilidad previstas por la póliza de fianza.

En nuestro derecho, existen tres tipos de obligaciones fiadoras:

²⁶ Se distingue entre la obligación principal y la accesoria, en virtud de que "...la obligación que tiene existencia propia e independiente de la otra con la cual está conectada es una obligación principal, mientras que la obligación accesoria no encuentra en sí misma la razón de su existencia, sino que depende de la existencia y legitimidad de una primera obligación.

a) Obligación fiadora civil.- Es aquella cuya fuente se encuentra en un contrato de fianza, regido por el Código Civil Federal, en el cual el fiador no realiza el otorgamiento de la fianza en forma habitual, ni lo hace en forma de pólizas ni tampoco utilizando agentes para la asunción de estas responsabilidades.

b) Obligación fiadora mercantil.- Es aquella cuya fuente se encuentra en un contrato de fianza regido por la legislación mercantil y realizado por personas distintas a las instituciones de fianza, en las cuales el fiador no realiza el otorgamiento de la fianza en pólizas numeradas, ni tampoco utilizando agentes para la asunción de estas responsabilidades.

c) Obligación fiadora de empresa.- Es aquella cuya fuente se encuentra en un contrato de fianza, regido por la legislación especial (Ley Federal de Instituciones de Fianzas), y en la cual, el fiador es un sujeto que tiene el carácter de Institución de Fianza, otorgando en forma habitual, mediante la emisión de pólizas de fianza numeradas y con la utilización de agentes en la colocación.

La doctrina no reconoce la existencia de la segunda de las obligaciones fiadoras, ya que inclusive algunos autores estiman que sólo existe la fianza civil y la de empresa, por razón de que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas prácticamente proscribió la asunción de responsabilidades a personas distintas a las Instituciones de Fianzas.

El artículo que prescribe lo anterior es el artículo 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuyo texto transcribimos:

“Artículo 3.- Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en los términos de esta Ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Salvo prueba en contrario se presume la infracción de este precepto, cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes.”

Tratándose de la fianza de empresa, en términos de lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, esta obligación fiadora deriva del texto mismo de las pólizas de fianza y en éstos encuentra su límite.

El texto del artículo en cita prescribe:

“Artículo 117.- Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor.

La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.”

1.3.2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN FIADORA.

La obligación fiadora, como cualquier obligación, comparte sus elementos: tiene sujetos, tiene objeto y tiene un vínculo jurídico.

Estos elementos, si bien es cierto tienen relación con la obligación principal, al mismo tiempo tienen características que las diferencian, dado que la obligación del fiador, no es la misma que existe a cargo del fiado.

La obligación del fiado, es el dar, hacer o no hacer pactado en el contrato principal, mientras que la obligación del fiador es el dar, pactado en la póliza de fianza.

En tal virtud, la obligación fiadora es una obligación accesoria a la obligación principal, y por ello, sus modalidades, sujeto, vínculo y objeto difieren de la obligación principal.

Esta noción, no es del todo clara ya que la misma definición de la fianza nos lleva a confusiones, puesto que se cita por el Código que por virtud de la fianza, el fiador se compromete a pagar si el deudor no lo hace (artículo 2794 del Código Civil Federal).²⁷

1.3.2.1.- SUJETOS DE LA OBLIGACION FIADORA.

Por sujetos de la obligación fiadora, se entenderá solamente a aquellos que intervienen en la relación jurídica que se establece directamente de la póliza y que son el beneficiario y el fiador.

El fiado es un sujeto ajeno a este vínculo jurídico que se establece entre el beneficiario y el fiador.

A) La afianzadora o fiador empresa.

La sociedad anónima, que autorizada en términos de ley, asume para sí la obligación de pagar la obligación principal o una cantidad de dinero determinada, para el caso de que el deudor en el contrato principal incumpla con una obligación (fianzas emitidas conforme al artículo 2800 del Código Civil Federal), o en su caso, la de pagar en el caso en que el deudor no lo haga (fianzas emitidas conforme al artículo 2794 del Código Civil Federal).

Es la persona jurídica que asume para sí la obligación de pagar la obligación principal o una cantidad de dinero determinada, para el caso de que el deudor en el contrato principal no preste un hecho o lo haga en forma distinta a la debida.

²⁷ ARTICULO 2794.- La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Como se establece en la ley, no cualquiera puede ser afianzador, puesto que tratándose del fiador empresa, requiere contar con los requisitos exigidos por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Dentro de estos requisitos se encuentran los que se refieren a que deberá estar constituida como sociedad anónima, y contar con autorización del Gobierno Federal. "...Han de ser forzosamente sociedades anónimas de capital fijo...."

ARTICULO 5.- Para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento, se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...."

En tal virtud, tendrá prohibido el otorgamiento de fianzas mediante pólizas y con publicidad a las personas físicas o morales que no tengan esta autorización.

"ARTICULO 3.- Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las Instituciones de Fianzas, autorizadas en los términos de esta Ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

B) El beneficiario.

El beneficiario, es el titular del derecho que deriva de la emisión de la fianza, cuyo contenido es exigir del fiador el cumplimiento de la obligación fiadora.

Es el acreedor del deudor, "...Acreedor en el contrato de fianza puede serlo cualquiera que lo sea en la obligación afianzada; la ley declara que también puede fiarse al que es fiador, es decir, la obligación derivada de la fianza se convierte a su vez en obligación principal...."

Es el sujeto, que conforme a los procedimientos previstos por los artículos 93, 94, 94 bis y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puede exigir del fiador la obligación asumida mediante la emisión de la póliza de fianza (también existen otros procedimientos e inclusive la vía ordinaria para reclamar judicialmente el pago de la fianza).

Puede ser:

i) Sujeto de derecho público.- Puede ser cualquier dependencia o entidad del sector público Federal, Estatal o Municipal.

ii) Sujeto de derecho privado.- Puede ser cualquier persona física o moral, con capacidad de goce y de ejercicio.

1.3.2.2.- EL VINCULO JURIDICO QUE NACE EN VIRTUD DE LA OBLIGACIÓN FIADORA.

Se entiende como el nexo que se establece entre el fiador y el beneficiario, en virtud del cual se puede exigir del primero, por el segundo, el cumplimiento de las prestaciones estipuladas en la póliza de fianza.

Es decir, constituye el vínculo jurídico aquél nexa tutelado por el derecho, en virtud del cual se puede exigir del fiador el dar o hacer a que se obligó en la póliza de fianza.

Este vínculo jurídico en la doctrina es perfectamente distinguible del que se establece entre el fiado y el beneficiario, con motivo de la obligación principal, de modo tal, que el fiador resulta un tercero ajeno al contrato principal garantizado y por ende no le es exigible su cumplimiento.

De la misma forma, el fiado es un tercero respecto del vínculo jurídico que nace entre fiador y beneficiario, con motivo de la fianza emitida.²⁸

Sin embargo, este carácter de tercero, aún admite una mención especial, dada la existencia de una diversidad de terceros.²⁹

Aquí se distingue entre:

- a) Terceros extraños.
- b) Terceros no extraños.

Por otro lado, de la conceptualización del vínculo jurídico que une al fiador con el beneficiario, también resulta la noción de la accesoriedad, la que se encuentra también plasmada en la legislación, en particular en las siguientes normas:

ARTICULO 2842.- La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

ARTICULO 2220.- La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva.

²⁸ En apoyo de lo anterior, transcribimos las siguientes tesis: Octava Época. Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Mayo de 1993. Tesis: I.5o.C. 529 C. Página: 329. **EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. PROCEDENCIA DE LA OPUESTA POR EL FIADOR DEMANDADO.** De conformidad con lo previsto por el artículo 2812 del Código Civil para el Distrito Federal, aun cuando el fiador no puede oponer las excepciones que sean personales del deudor principal, por tratarse de hechos derivados del contrato principal, sino que se relacionan con la persona del referido deudor; sin embargo, debe estimarse que el citado fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal, toda vez que la obligación del mencionado fiador es accesorio de la del deudor, por lo que cualquier defensa que éste tenga, inherente a la obligación principal, aprovecha al fiador quien en consecuencia puede prevalerse de ella para oponerla al acreedor actor cuando éste pretenda que aquél cumpla por el afianzado. En esa virtud, cabe concluir que la Sala responsable indebidamente consideró que la compañía afianzadora carecía de legitimación para oponer en el presente caso la excepción de contrato no cumplido, ya que ésta no es de carácter personal del deudor, puesto que los hechos en los que se hace consistir, son inherentes a la obligación principal. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 947/93. Fianzas Monterrey, S.A. 11 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

²⁹ Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 120. "El cuarto de los presupuestos...en relación con el pago del tercero es...el relativo a la persona calificada de tercero...Serpa, pues, tercero o extraño, todo aquel que no sea ni fiador del deudor, ni deudor solidario, ni poseedor de hipoteca alguna que se halle obligada al acreedor. Es decir...toda aquella persona que, en el momento de efectuar el pago, no se encuentre en una situación de dependencia con respecto a la acción del acreedor de un modo u otro...se concede, precisamente, con base en la sujeción del que posee al 'ius in re' del acreedor...."

ARTICULO 2221.- El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador.

Conforme a esta noción, al ser un vínculo distinto al del deudor y acreedor, tiene reglas propias de extinción, sin embargo, como es un "reflejo" de aquella, se extingue cuando aquella se extinga.

¿El fiador pagará el mismo adeudo del fiado o será un adeudo del fiador distinto al del fiado?

Lo anterior tiene relevancia dado que en el análisis de la sustitución, es distinto a que el fiador cumpla con la obligación del fiado, en cuyo caso deberá estarse a los términos y condiciones de ésta; a que en su lugar cumpla con una obligación a su cargo, como fiador, en cuyo caso deberá estarse a los términos y condiciones que para la obligación fiadora resultan de la interpretación de la Ley.

En principio señalaríamos que del análisis de los vínculos jurídicos que existen en la obligación principal y en la accesorio, el adeudo que paga el fiador, corresponde a un adeudo propio, puesto que se hace en virtud del propio vínculo jurídico que nace entre él y el beneficiario de la póliza.

Es decir, la obligación fiadora no es solidaria con la del deudor, puesto que no existe identidad de vínculo jurídico, no existe identidad de objeto ni tampoco de sujeto.

De lo cual se concluye que el objeto debido por el deudor principal, no es el mismo que debe el fiador.

Lo anterior se robustece puesto que inclusive, el vínculo principal se extingue por causas distintas al vínculo accesorio, y la extinción del segundo no implica la extinción del primero.

De lo anterior se deriva que la forma y términos en que se cumple la obligación por el fiador, en esencia son diferentes a la forma y términos en que se cumple por el deudor, puesto que son dos obligaciones diversas.

Es decir, las reglas de cumplimiento respecto de ésta, deberán ser reglas diferentes a las de la obligación principal.

Esta noción será importante más adelante, cuando comentemos algunos de los problemas prácticos que general el ejercicio del derecho a la sustitución, sobre todo aquellos que se refieren a la pérdida del derecho del fiado a cumplir con la obligación, en virtud de encontrarse en mora el deudor.

1.3.2.3.- OBJETO DE LA OBLIGACIÓN FIADORA.

En la práctica el objeto de la obligación fiadora se ha identificado con el pago del importe garantizado por la póliza de fianza, sin embargo, del tenor de la ley, existen diversas posibilidades:

- a) Cuando el objeto consiste en el pago de una cantidad de dinero determinada, para el caso de que el deudor en el contrato principal incumpla con una obligación (fianzas emitidas conforme al artículo 2800 del Código Civil Federal).
- b) Cuando el objeto consista en pagar lo que el fiado debe, en el caso en que el deudor no lo haga (fianzas emitidas conforme al artículo 2794 del Código Civil Federal).

Esta última opción tiene su fundamento también en lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuyo texto prescribe:

“Artículo 121.- Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso....”

Como se aprecia, el objeto de la obligación fiadora también puede consistir en el dar o hacer previsto en el contrato garantizado, cuando el fiador opta por substituirse en el cumplimiento de la obligación del fiado.

Esta se distingue de aquel dar que corresponde al fiador y que se menciona en el inciso a), en virtud de que la opción de cumplir con la obligación del fiador (marcada en el inciso b), implica una liberación del deudor frente al beneficiario de la póliza.

Es decir, cuando se cumple con la obligación fiadora en términos del inciso a), subsiste el adeudo del fiado, puesto que el fiador no paga éste; por el contrario cuando se paga por el fiador, en términos del inciso b), se extingue la deuda, porque el fiador paga la deuda del deudor, p.ej: en contratos de arrendamiento o de crédito, el importe que paga el fiador, tiene como efecto satisfacer la pretensión del beneficiario con motivo del contrato, y de esta forma el fiador paga por el fiado la renta o los productos.

Sobre el particular no consideramos que legislador haya limitado exclusivamente el privilegio contemplado por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a aquellos supuestos previstos en los términos del inciso b), más aún es pensable que la figura de la sustitución prevista por el artículo en cita se extienda más ampliamente a las pólizas emitidas con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2800 del Código Civil Federal, es decir, en aquellos casos en los que la obligación del fiador no es la de pagar la obligación del deudor.

En efecto, en estos casos son en los que el fiador puede evitar perjuicios cumpliendo la obligación, en lugar de pagar la cantidad comprometida en la póliza de fianza.

Lo anterior no obsta a que se revisen en este estudio las reglas a las que se sujetará la figura, dado que sea en una fianza emitida en términos del inciso a) o del inciso b) citados, en ambos casos son necesarias las reglas que definirán la forma y términos en las que el fiador cumplirá con la obligación a cargo del fiado.

A) Distinción entre el objeto de la obligación principal y la accesoría.

Es importante distinguir el objeto de la obligación del fiado, del objeto de la obligación del fiador y sobre el particular mencionaremos lo siguiente:

1) Actualmente existen autores que identifican al objeto de la obligación fiadora con un praestare, es decir, con un garantizar, puesto que de otra forma no se entendería como sin pagar, la institución tenga derecho legítimo al cobro de las primas. Es decir, éstas se devengan, por la sola asunción del riesgo, sin que en este punto tenga relevancia si se tuvo que hacer efectiva la fianza o no; y en consecuencia se distinguen perfectamente de la obligación principal.

2) También se ha identificado a la obligación fiadora, como la obligación del fiador traducida a la obligación efectiva de realizar el pago, una vez que se ha actualizado el supuesto de incumplimiento garantizado por la póliza. Es decir, no es el mismo objeto que la obligación del fiado, sin embargo, una vez actualizada la responsabilidad del fiador, lo que se paga, es la obligación del fiado (de ahí que el pago realizado por el fiador, también extinga la deuda a cargo del fiado frente al beneficiario).

3) También se ha identificado el objeto de la obligación fiadora, con el mismo objeto de la obligación garantizada³⁰, sin embargo esta tesis prácticamente torna en solidaria³¹ a la obligación fiadora, puesto que hace concluir en que el fiador lo que

³⁰ Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XV, Febrero de 1995. Tesis: I.3o.A.583 A. Página: 168. **FIANZA OTORGADA PARA GARANTIZAR EL INTERES FISCAL. NO DEBE HACERSE EXTENSIVA HACIA CONCEPTOS QUE EN LA RESPECTIVA POLIZA NO ESTEN EXPRESAMENTE MENCIONADOS COMO OBJETO DE GARANTIA, AUNQUE PARTICIPEN DE LA MISMA NATURALEZA JURIDICA QUE LA PRINCIPAL OBLIGACION GARANTIZADA.** Las fianzas otorgadas por compañías legalmente autorizadas para ello son actos jurídicos de naturaleza mercantil en los que, conforme a lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, predomina la voluntad de las partes contratantes, respecto de las contraprestaciones a que se obliguen aquéllas. Por tanto, para hacer efectiva la fianza otorgada por alguna de las aludidas compañías debe atenderse únicamente a los términos literales de las respectivas pólizas, sin que sea válido exigir el pago de conceptos que no hubiesen sido expresamente garantizados, aunque éstos pudieran tener la misma naturaleza que la principal obligación objeto de garantía, pues ello equivaldría a suponer incorrectamente que la ley tiene invariable e implícitamente el alcance de modificar las contraprestaciones y obligaciones pactadas con libertad por los contratantes, conclusión que carece de base jurídica, pues para que esa modificación opere por virtud de la ley es menester que ésta así lo disponga en forma expresa e indubitable, constituyendo así una o más excepciones a la regla de libertad de la partes en materia de contratos. Consecuentemente, si en una póliza de fianza otorgada para garantizar determinado interés fiscal no consta que aquélla comprenda a la actualización de las respectivas contribuciones como otro concepto a garantizar, entonces al hacerse efectiva tal fianza no deberá exigirse a la afianzadora que cubra las cantidades correspondientes a dicha actualización, por no constar que aquélla se haya obligado a responder por ésta, que para efectos de la fianza constituye otra obligación contractual, aunque legalmente tenga atribuida la misma naturaleza que la obligación fiscal original (artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación). Sobre el particular debe tenerse presente, por una parte, que la autoridad fiscal ante quien se constituya una fianza está facultada para no aceptarla, previo requerimiento al interesado, si no reúne las características que deba satisfacer según está dispuesto en el artículo 68 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación y, por otro lado, que las afianzadoras carecen de atribuciones para obligar a quien pretenda obtener determinada fianza, a efecto de que en ésta incluya forzosamente conceptos adicionales, distintos de los que aquél desee garantizar, en tanto que nada impide que el solicitante acuda a otras instituciones e incluso a otros medios, para garantizar los restantes conceptos que formen parte del interés fiscal correspondiente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 1693/94. Afianzadora Insurgentes, S.A. (Recurrente: Secretario de Hacienda y Crédito Público y otra autoridad). 24 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jesús García Vilchis.

³¹ El Código Civil Federal, establece lo siguiente:

paga es el adeudo propio del fiado, asumido por el fiador; y como consecuencia de lo anterior sujeta a la obligación fiadora a las mismas causas de extinción que la obligación principal.

En esta investigación deberemos tomar una postura, por lo que nos inclinamos con la segunda, dado que para efectos de entender el objeto de la obligación fiadora y la posibilidad de la substitución, no lo podemos hacer considerando el praestare como objeto de la obligación fiadora ni tampoco considerándola solidaria.

La importancia de estas precisiones estriban en que si se tratara del mismo objeto de la obligación del fiado, el derecho del fiador al cumplimiento se encontraría constreñido al propio objeto de la obligación del fiado, si por el contrario se estima una obligación con un objeto diferente, los términos y condiciones de la misma serían distintos a los del fiado (lo cual tendría lógica si se considera que el deudor inicia el cumplimiento cuando el fiado se encuentra ya en mora respecto de su cumplimiento).

Concluyendo, se parte de considerar que la obligación del fiador es distinta de la obligación del fiado, es decir, es la obligación a cargo del fiador y por ello serán entendibles algunos efectos en el caso de cumplimiento sustituto³².

ARTICULO 1987.- Además de la mancomunidad, 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.

ARTICULO 1988.- La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

ARTICULO 1989.- 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. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.

ARTICULO 1990.- El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda.

³² Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Cuarta Parte, LX. Página: 241. **FIADOR EN EL ARRENDAMIENTO, NO ES DEUDOR SOLIDARIO CON EL ARRENDATARIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA)**. Aunar los conceptos de fiador y deudor solidario de la obligación principal, constituye una antinomia, porque por definición, fiador es el que paga al acreedor si el deudor no lo hace (artículo 3082 del Código Civil del Estado de Sonora); es decir, el fiador es un deudor secundario o sustitutivo, para el caso en que el deudor principal no satisfaga la obligación; en tanto que el deudor solidario es aquél que, como los otros deudores solidarios, está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación debida. En otras palabras, en concepto "fiador" lleva implícita la idea de deudor sustituto de otro y, por lo mismo, no puede haber solidaridad entre el fiador y fiado si uno es sustituto del otro. En consecuencia, si en un contrato de arrendamiento se establece en una de sus cláusulas que determinada persona en su calidad de fiador, se obliga solidaria y mancomunadamente, con todas y cada una de las obligaciones contraídas por el arrendatario en ese contrato, responsabilidad que terminará hasta el momento en que el arrendatario desocupe la casa, dicha cláusula contiene conceptos antitéticos que hacen oscura su redacción y ante esa oscuridad debe estarse a la regla general del cumplimiento de las obligaciones, contenida en el artículo 1906 del Código Civil del Sonora, según el cual, no sólo debe tomarse en cuenta lo expresamente determinado en la ley o en el acto jurídico que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea más conforme a la naturaleza y objeto de la obligación contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad; de manera que hallándose contenido en la citada cláusula del contrato de arrendamiento el contrato accesorio de fianza, deberán descartarse de ella los términos relativos a la solidaridad pasiva, como referidos a los sujetos fiador y fiado, cuyas obligaciones frente al acreedor no son homogéneas, ya que una se genera en el contrato de fianza y la otra en el arrendamiento. Conforme a este orden de ideas, para que a un fiador se le pueda predicar la solidaridad, será menester que exista pluralidad de fiadores respecto del mismo fiado, para que así el

B) La obligación del fiador tiene objeto alternativo.

Puntualizaríamos que el objeto de la obligación fiadora es dual, es decir, puede cumplir el fiador mediante un dar o mediante un hacer, a su vez, el dar y el hacer se pueden desdoblar en una segunda opción de dar.

Esta segunda opción de dar, es cumplir con la obligación del deudor.

Lo anterior se concluye, al tenor de lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y en relación con el artículo 121 de la citada ley, en virtud de que conforme a las normas citadas, la obligación a cargo del fiador puede ser cumplida mediante un dar (en los términos previstos por la póliza de fianza) o mediante la substitución en el cumplimiento de la obligación cuando el objeto de la misma sea un dar o un hacer.

Es decir, se aprecian tres formas de cumplir con la obligación:

- (i) Una primera, mediante el pago de la cantidad garantizada por la póliza;
- (ii) Una segunda mediante el dar pactado por el fiado y
- (iii) Una tercera, mediante la prestación del hecho pactado por el fiado.

En el primero de los casos, para que opere este objeto deberá pactarse en la misma póliza de fianza que la obligación asumida se da en términos del artículo 2800 del Código Civil Federal³³, esto no puede entenderse como una renuncia al privilegio de cumplir directamente con la obligación, ya que esto no constituye una renuncia expresa.

En el segundo y tercero de los casos la obligación asumida por el fiador, podrá cumplirse satisfaciendo la misma obligación que existía a cargo del fiado, es decir, mediante un dar o mediante un hacer.

acreedor de éste pueda exigir la totalidad de la fianza de cualesquiera de los fiadores solidarios. Las anteriores consideraciones quedan todavía más aclaradas si se toma en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de fianza, que como los demás dé garantía, tiene un carácter accesorio en relación con el contrato principal al que siempre va subordinado. Por consiguiente, del enlace de estos dos contratos surgirán necesariamente derechos y obligaciones entre el acreedor y el deudor, derivados del contrato principal y derechos y obligaciones entre el acreedor y el fiador y entre éste y su fiado, derivados del contrato accesorio de fianza; no es jurídicamente posible concebir entre el fiador y el acreedor relaciones que provengan exclusiva y aisladamente del contrato principal, ni entender que el fiador sea codeudor y menos deudor solidario de su fiado en ese contrato principal en el que el fiador no es parte; esto es más patente, referido al contrato principal de arrendamiento y a su accesorio de fianza, cuando no hay pluralidad de arrendatarios ni de fiadores, en lo que no es posible hablar de solidaridad pasiva en ninguno de los dos contratos. Ahora bien, si el demandado no figura como arrendatario exhibido como base de la acción, que es la fuente de la obligación principal, no es posible que se le pueda considerar como deudor solidario o codeudor con el inquilino en ese contrato, sino exclusivamente como fiador en el accesorio de fianza. Nada importa que en una de sus cláusulas, se diga que el fiador como tal, se obliga solidaria y mancomunadamente con su fiado, para que por el sólo empleo de estos vocablos deba entenderse que el fiador queda obligado en esos términos no sólo en la obligación accesoría o de garantía, sino también en la principal, porque no es posible por la sola voluntad de las partes asignar el carácter de inquilino o arrendatario al fiador, quien sólo es sujeto pasivo en la obligación secundaria o de garantía.

Amparo directo 3170/61. Jorge Martínez Calderón. 23 de marzo de 1962. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

³³ ARTICULO 2800.- Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

Ahora bien, el fiador tiene al mismo tiempo estas tres opciones de cumplimiento las que podrá ejercer según convengan al fiador.

Si optare por el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, el fiador podrá cumplir, conforme a lo siguiente:

- a. La traslación de dominio de cosa cierta;
- b. La enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta y;
- c. La restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

Es decir, el fiador podrá cumplir con su obligación mediante la entrega de la cosa debida, sin embargo, es importante acotar aquí que las posibilidades del fiador, necesariamente se encontrarán limitadas por las siguientes eventualidades:

- (i) Deberán ser cosas fungibles,
- (ii) Deberá tener legitimación el fiador para realizar la transmisión de dominio o de uso o goce temporal y
- (iii) Deberán ser perfectamente identificadas las cosas objeto de la restitución.

Ahora bien, en cuanto al objeto que consista en un hacer, el fiador podrá cumplir con éste, siempre y cuando se haga en la forma acordada con el fiado.

A este respecto, habrá que considerar que en ambos casos, es importante tomar en cuenta las limitaciones que hayan puesto las partes al cumplimiento por parte de terceros, también en cuanto a la problemática que ello puede implicar para el debido cumplimiento de la obligación.

Como se aprecia, de la posibilidad que tiene el fiador de cumplir con su obligación, en la forma prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, resulta el carácter alternativo de la obligación fiadora.

ARTICULO 1962.- Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho.

Es decir, no podrá el fiador optar por el pago del reclamo y con posterioridad optar por cumplir la obligación que tenía el fiado frente al beneficiario.

Sobre este punto transcribimos lo expresado por Von Tuhr³⁴:

“La obligación puede recaer sobre varias prestaciones, de tal modo que baste con hacer efectiva una de ellas. Estas obligaciones con contenido disyuntivo llámense alternativas cuando queda a la voluntad del acreedor o del deudor...(en este caso el fiador)...el decidir cuál de las varias prestaciones se ha de realizar...No es

³⁴ Von Tuhr, Andreas. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Tomo I. Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. México. 2003. p. 52.

alternativa...la obligación si la incertidumbre ha de resolverse por una circunstancia ajena...Ni hay tampoco obligación alternativa, sino una relación de carácter eventual entre dos prestaciones, cuando adeudándose un objeto, se le autoriza al deudor para entregar en lugar de él, si no lo pudiere hacer efectivo; así, por ejemplo, el deudor que no cumpla con sus deberes contractuales, viene obligado a resarcir los daños, y el demandado por una acción reivindicatoria que no entregue la cosa deberá entregar su valor....”

Como se aprecia, en el caso de la obligación a cargo del fiador si cabe la alternatividad, dado que es opción del fiador (según se expresa en el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), optar por cumplir con la obligación en los términos garantizados por la póliza de fianza o substituirse en el cumplimiento de la obligación a cargo del fiado.

Así, también deberá aplicarse a la figura en estudio lo siguiente:

“...La opción entre las varias prestaciones alternativas corresponde...al deudor...El deudor al decidirse, no necesita tener en cuenta para nada los intereses del acreedor....”³⁵

1.3.3.- EL CARÁCTER DE TERCERO QUE TIENE EL FIADOR.

El fiador, aún cuando tenga un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, este interés no lo convierte en parte, sino que conserva, con todos sus matices, su carácter de tercero.

Por tercero se entiende:

“...es tercero el que no ha sido parte en el negocio jurídico, el que ha sido ajeno a la formación de la relación jurídica de que se trate....”³⁶

En la misma obra se cita el criterio de Roca Sastre³⁷, en los siguientes términos:

“...es el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento.”

Gaudemet³⁸ expone que:

“...los terceros son las personas que no han intervenido en el contrato, ni por sí mismas, ni por medio de representantes y que no han adquirido de las partes derecho alguno que las haga causahabientes...”

Finalmente, se entiende también por tercero a:

³⁵ Ibidem. P. 53.

³⁶ O'callaghan, Cit. P. Bayo Recuero, Nieves. EL PAGO DEL TERCERO. Ed. Dijusa. Madrid, España. 2000P. 178.

³⁷ Cit. P. Ibidem. P. 179.

³⁸ Gaudemet, Eugene. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. 2ª. Ed.; Ed. Porrúa. México. 1984. 227 p.

“Quien no es parte en un acto, contrato o proceso”³⁹

En este sentido, cualquier otro sujeto que no haya sido parte en el contrato tomará el carácter de tercero.

Respecto del fiador, evidentemente es un tercero, respecto de la obligación principal, puesto que si bien es cierto tiene interés en el cumplimiento de la obligación, no tiene el carácter de parte, puesto que no tiene a su cargo el mismo adeudo que tiene el fiado.

En este sentido, la doctrina distingue varios tipos de terceros en las relaciones jurídicas:

- a) Terceros extraños.
- b) Terceros no extraños.

Sobre esta distinción refiere Alfonso Hernández⁴⁰ lo siguiente:

“...De acuerdo con lo que establece el art. 1.212 del mismo, la subrogación transfiere el crédito, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas. En el caso del precepto, pues, tanto el fiador como el poseedor de la hipoteca son considerados como terceros; en cambio, no parece que tales sujetos puedan ser al mismo tiempo considerados como extraños.....”

Lo mismo se desprende de otro comentario que expone en autor en cita⁴¹ al señalar:

“En efecto...se desglosan, con base en consideraciones que se verán más adelante, las personas que pueden efectuar el pago de deuda ajena. Entre ellas se encuentran... el fiador (aunque se trate de deuda ajena), ya que, al menos por lo que se refiere a estos dos últimos supuestos, el que tiene interés en el cumplimiento de la deuda ajena, puede obtener la subrogación...De lo cual se deduce que hay personas que no siendo extrañas a la relación obligatoria de otro, pueden ser terceros a la hora del cumplimiento de la deuda ajena....”

En forma más precisa se puntualiza al referirse al fiador, que:⁴²

“...Pero tampoco estamos ante un deudor principal, sino que su responsabilidad surge de una obligación accesorio. Este hecho, en mi opinión, es el que le hace caracterizarse de tercero respecto a la obligación principal puesto que con su pago salda una deuda ajena que garantiza. Ello demuestra el claro interés que este tercero tiene en dicha obligación, ya que su responsabilidad sigue la misma trayectoria que la del deudor principal, pues extinguida la obligación principal se extingue la accesorio de fianza....”

³⁹ Ibidem. P. 458.

⁴⁰ Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 122.

⁴¹ Ibidem. P. 123.

⁴² Bayo Recuero, Nieves. Ob. Cit. P. 189.

Por tanto, es de concluirse que el fiador, si bien es cierto, es un tercero ajeno a la relación jurídica establecida entre fiado y beneficiario, también lo es que tiene el carácter de tercero interesado (no extraño), en el cumplimiento de la obligación.

1.3.4.- ALTERNATIVIDAD DE LA OBLIGACION FIADORA, APARENTE CONTRADICCIÓN CON EL ARTÍCULO 117 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Los comentarios vertidos en los puntos anteriores, sobre la alternatividad del objeto de la obligación del fiador puede resultar contradictoria con la literalidad que se aprecia en el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

“Artículo 117.- Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor....”

Lo anterior en virtud de que al tenor del artículo en cita, la obligación fiadora se debe entender limitada por el tenor expreso de lo pactado por las partes en la póliza de fianza, sin embargo la alternatividad prevé la posibilidad de que existan obligaciones y derechos adicionales no previstos en forma expresa en el texto de la póliza.

Tal noción es respaldada por el artículo 78 del Código de Comercio.

Art. 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades ó requisitos determinados.

Es decir, el objeto aparente de la obligación del fiador se entiende en un dar, en razón de que el fiador se obliga a “pagar” una determinada cantidad si el fiado no cumple con su obligación, lo cual, conforme a las normas antes citadas implica que el fiador deberá cumplir con su obligación fiadora, sólo en la forma pactada en la póliza de fianza, sin posibilidad aparente de substituirse.

Es decir, sólo realizando el pago de lo que fuere reclamado en virtud del incumplimiento.

Sobre este punto es importante resaltar que el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tiene el carácter de norma natural a la póliza de fianza⁴³, de ahí que se entienda inserta en el texto de la póliza, aunque no se exprese.

⁴³ Concha Malo, Ramón. LA FIANZA EN MEXICO. Futura Ediciones, S.A. de C.V. México, D.F. p. 59. Por fianza de empresa, el citado autor entiende que “...es aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad

En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1839 del Código Civil Federal, que expresa:

ARTICULO 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero **las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen**, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Por ello no existe contradicción entre el texto de la póliza y el ejercicio del derecho del fiador, al cumplimiento de su obligación mediante la substitución en el cumplimiento de la obligación del fiado, puesto que en cada póliza de fianza se entiende implícita esta cláusula.

Lo anterior, tampoco es contradictorio de la obligación fiadora asumida, inclusive al tenor del artículo 2800 del Código Civil Federal, cuyo texto establece:

ARTICULO 2800.- Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

El contenido de este artículo se ha entendido a la fecha como el objeto pactado en la póliza de fianza, sin que tal artículo implique que el fiador ha renunciado al derecho que le confiere el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ello se entiende, por razón de que las pólizas de fianza que prevén la obligación del fiador en estas condiciones, no contienen renuncia expresa a esta posibilidad.

En su caso la renuncia a este privilegio del fiador, deberá realizarse en forma clara y precisa, de conformidad por el artículo 7 del Código Civil Federal.

ARTÍCULO 7- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

1.4. DEL PAGO.

1.4.1.- CONCEPTO DEL PAGO.

Se identifica la noción del pago con la de cumplimiento de las obligaciones, según se desprende de la concepción legal prevista por el artículo 2062 del Código Civil Federal.

“ARTICULO 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.”

mercantil –en nuestro derecho sociedad anónima-, en forma onerosa –mediante el pago de un premio o prima-. Sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado- recuperabilidad de lo pagado, en su caso, con un control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante –autorización para operar-, a su funcionamiento y desarrollo –por considerarse que operan en cierta forma con el crédito público- sino también en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía.

Por su parte, Nieves Bayo⁴⁴, señala respecto del pago que:

“Para poder establecer un concepto exacto de lo que debe entenderse por pago y determinar exactamente la amplitud de este término, hay que comenzar por analizar su posible concurrencia o diferencia con el vocablo ‘cumplimiento’...al abordar este tema nos encontramos con posiciones doctrinales encontradas...se muestran autores como Puig Peña, para quien el cumplimiento debe estudiarse no en la fase de extinción de la obligación, sino dentro de la propia vida de la obligación, ya que ‘cuando las obligaciones se empiezan a cumplir están vivas; luego el cumplimiento pertenece a la fase de la existencia, no de la muerte de la obligación. Solamente cuando se ha llegado al acto final de la solutio, entonces cabe hablar de extinción de las obligaciones’, y en base a esta idea el autor concluye diciendo que ‘este cumplimiento ha aparecido parificado en la doctrina y en la legislación con el vocablo pago, entendiéndose pagadas las obligaciones cuando aparecen cumplidas...La parificación de vocablos...puede no ser muy correcta si se considera el pago como acto final...del cumplimiento...Por el contrario, nos encontramos...autores que tienden a identificar ambos conceptos...Por todo ello, en mi opinión, cuando en el Código...se hace referencia al ‘pago’ o ‘cumplimiento’ se está resaltando una misma idea o resultado, el cumplimiento de la prestación....”

Gaudemet⁴⁵ expone que:

“El cumplimiento normal es la prestación en especie del objeto de la obligación. Es la que siempre se debe tratar de obtener. Esta prestación consiste en dar, es decir, en transmitir la propiedad de una cosa, en hacer o en no hacer.”

Borja Soriano⁴⁶ conceptúa en una forma más sencilla el pago:

“Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido...También podemos decir que pago es la ejecución efectiva de la obligación....”

Por su parte Pothier⁴⁷ hace las siguientes anotaciones:

“El pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Cuando la obligación es de hacer alguna cosa, el pago real de esta obligación consiste en hacer la cosa que uno se ha obligado a hacer. Cuando la obligación es de dar alguna cosa, el pago es la traslación de la propiedad de esta cosa. Es evidente que aquél que ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación.”

⁴⁴ Bayo Recuero, Nieves. Ob. Cit. P. 166.

⁴⁵ Gaudemet, Eugene. Ob. Cit. P. 371.

⁴⁶ Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 421.

⁴⁷ Pothier, Roberto Joseph. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. México. 2003. P. 325.

Marcelo Planiol⁴⁸ lo describe como:

“El pago es el modo normal de extinción de las obligaciones, ya que consiste en el hecho de cumplir la prestación prometida, sea cual fuere, entrega de una suma e dinero, entrega de un objeto, realización de un trabajo, etc. Todo pago supone una deuda...sin lo cual pierde su razón de ser y no puede valer como tal. Lo que haya sido pagado por error, sin ser debido, está sujeto a repetición, salvo que se trate de una obligación natural voluntariamente cumplida....”

El pago, es una figura trascendente en el tema en estudio, puesto que la substitución en el cumplimiento de la obligación parte de la premisa de que el fiador paga la obligación que tenía a su cargo el deudor.

Es decir, no puede entenderse la figura de la substitución sin tener presente que la finalidad de ésta es realizar el pago del adeudo que tenía el fiado.

De esta forma, el fiador, con motivo del cumplimiento substituto se convierte en pagador de la obligación principal.

1.4.2.- EFECTOS DEL PAGO.

Como efectos del pago, Pothier⁴⁹ señala:

“El efecto del pago es el de extinguir la obligación, y todo lo que es accesorio a la misma, liberando a todos aquellos que son de ella deudores.”

Este punto puede ser analizado desde una doble perspectiva:

- i. Desde la perspectiva de la obligación principal.
- ii. Desde la perspectiva de la obligación fiadora.

En efecto, los efectos del pago, cuando se realiza éste por el deudor, tiene un efecto dual.

Por una parte se extingue la obligación principal, con motivo directo del pago, y al mismo tiempo se extingue la obligación fiadora, en virtud del principio de la accesoriedad.⁵⁰

Ahora bien, este efecto no tiene porqué variar cuando el pago lo realiza un sujeto diverso al deudor, es decir, cuando se realiza por un tercero, en cuyo caso también deberá estimarse extinguida la obligación principal y, en consecuencia, la accesoría.

⁴⁸ Planiol, Marcelo. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Las obligaciones. Tomo VII. Segunda Parte. Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. 2002. P. 486.

⁴⁹ Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. P. 346.

⁵⁰ Ibidem. P. 261. El autor citado expresa: “Es de la naturaleza de las cauciones, lo mismo que de todas las obligaciones accesorias, el que la extinción de la obligación principal entraña la extinción de las cauciones, y la liberación de las cauciones.”

Ello, cuando menos por lo que se refiere a la relación jurídica que existía entre fiado y beneficiario (acreedor-deudor).

Esto se resalta puesto que algunos autores sostienen que el pago realizado y que da lugar a la subrogación no extingue el adeudo, sólo lo transmite.

Sin embargo, es evidente que aún en este supuesto, no puede el acreedor original pretender ninguna prestación en contra del fiador, cuando el adeudo se ha pagado.

Por otro lado, tampoco subsistirá ningún derecho del acreedor frente al deudor, puesto que el pago satisface su interés.

Conforme a lo apuntado, el principal efecto del pago (aún el realizado por un tercero), respecto de una obligación garantizada por una póliza de fianza es que con motivo del mismo pago, se extinguen pues dos vínculos jurídicos.

El vínculo jurídico accesorio que deriva de la fianza y el vínculo jurídico que deriva de la

“La doctrina coincide en considerar como efecto del pago del tercero –en cuanto a las relaciones entre el deudor y el solvens se refiere- el ejercicio de medios tendientes a reintegrar el desembolso que se hizo por aquél (deudor), considerando como tales el derecho de reembolso, la actio in rem verso, y el ejercicio de las acciones de que era titular el anterior acreedor a través de la figura de la subrogación del solvens en su posición....”⁵¹

1.4.3.- REQUISITOS DEL PAGO.

El pago, consiste en el cumplimiento de la obligación debida, por tanto, es preciso conocer cómo es que se debe la obligación para saber como se tiene que cumplir.

Estos requisitos del pago se deberán identificar de acuerdo a los siguientes puntos:

a) Quien cumple?

El deudor es quien debe cumplir, si se consideraron sus características particulares de deudor, entonces no podrá cumplir otra persona mas que él.

Por el contrario, si no fueron consideradas las características del sujeto, podrá cumplir cualquier tercero, con y sin interés jurídico, con el consentimiento del acreedor o contra la voluntad de éste.

Este primer elemento se relaciona con la figura de la legitimación, de modo tal que deberá analizarse si existe alguna característica en la persona de deudor, de modo tal que sólo el pueda cumplir con su obligación.

⁵¹ Tur Faundez, Maria Nelida. EL DERECHO DE REEMBOLSO. Editorial General de Derecho. Valencia, España. 1996. P. 27.

Como se aprecia, la intención del legislador es la de legitimar a cualquier interesado en el cumplimiento, aún en contra de la voluntad del deudor.

De ahí, que este sea el primer sustento de la facultad en la substitución por parte del fiador, salvo las excepciones que pudieran derivar de la naturaleza de la obligación, de la voluntad de las partes o del tenor expreso de la ley.

El Lic. Salvador Pompa⁵², estima que tratándose de determinados tipos de acreedores, sólo podrá cumplir el deudor directamente, sin que sea válido que un tercero cumpla por el deudor.

Sobre el particular, nos permitimos manifestar que disentimos de la opinión, en virtud de las siguientes consideraciones:

(i) En estos contratos públicos, es entendible la tendencia a negar la posibilidad del pago por tercero, si se conceptúa a esta forma de substitución como sinónimo de cambio en la personalidad del deudor, dado que de acuerdo al régimen particular de los contratos públicos, es contrario a derecho el realizar una adjudicación sin el correspondiente proceso de licitación o en forma que se produzca un desequilibrio respecto de los demás participantes.

Sin embargo, en el caso de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (como en otros supuestos de pago por tercero), no tiene lugar la substitución en la personalidad del deudor, sólo tiene lugar el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, por parte de un tercero, que será el fiador.

Es decir, no estimamos que se haya pretendido que el fiador ocupe el lugar del deudor en el contrato, sino que solamente y a fin de que reduzca su quebranto, que pudiera sustituir al deudor en el cumplimiento de la obligación.

Bajo esta premisa, la obligación que se está cumpliendo es la propia del deudor, y de la misma forma, se entiende satisfecho el vínculo jurídico que une al deudor con el beneficiario.

⁵² Citaremos al Lic. Salvador Pompa. "En el caso de que un contratista, proveedor o prestador de servicios, a quienes previa convocatoria para licitación pública, de acuerdo a la ley de adquisiciones y obra pública, y sus respectivos reglamentos, se le adjudica un contrato, incumple con su obligación garantizada y al ser presentada la reclamación, la Afianzadora pretende subrogarse o sustituirse para cumplir, no podrá hacerlo, provocando un conflicto de leyes en el espacio, entre la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que establece el derecho a sustituir al deudor, y la ley de adquisiciones y obras públicas, que no permite la substitución, en virtud de que el procedimiento para sustituir deudor, reconoce a segundo y tercer licitante, quienes participaron en el concurso, pero no reconoce legalmente al fiador.

El anterior conflicto, entre leyes federales ha provocado enconadas discusiones, interpretaciones diversas y algún desgastante litigio, sería recomendable modificar alguna de las dos leyes en conflicto, para que sus preceptos sean adecuados al espíritu de la Ley, y por ende, se puedan aplicar, para que sea derecho vigente y positivo, y no como sucede ahora que se establece una utopía." Pompa y Padilla, Salvador. EFECTOS JURIDICOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Segundo Congreso Nacional de Derecho de Seguros y Fianzas. Guanajuato, Gto. Noviembre de 1998. Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas, A.C.

(ii) Los contratos públicos, si bien se encuentran regulados por las leyes especiales que los rigen, también lo es que la ley especial que rige a las relaciones entre el fiador y el beneficiario, es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De ahí que se entienda la ausencia de normas relativas a la substitución, en las leyes de contrataciones públicas.

Es decir, si no se prevé la figura de la substitución en la Ley de Obras o en la Ley de Adquisiciones, y en las correlativas de las entidades federativas, ello no implica una negativa o prohibición del legislador a que tenga lugar la actualización de la figura, dado que es en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en donde se regula esta figura.

En efecto, conforme al principio de especialidad de la norma, es ilógico que en las leyes de contrataciones públicas se prevean las reglas que regirán las relaciones del fiador y el beneficiario, por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación, de ahí que en el caso concreto, se estima que no existe impedimento para que tenga lugar la aplicación de esta figura.

(i) Por otro lado, también se resalta que el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no distingue en cuanto a su aplicación, por tanto, y al conceder tal norma un privilegio al fiador, se entenderá este tan amplio, como el objeto de la obligación lo permita.

Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, éste no se considera un elemento esencial del pago, salvo que las partes así lo hubieren pactado.

b) Qué se cumple: Lo que deberá cumplirse es el dar, hacer o no hacer comprometido.

Sobre este punto es importante resaltar que en la definición del objeto se deberán tomar en cuenta todos aquellos elementos que las partes hayan considerado para asumir la obligación en los términos en que se asumió.

Este elemento, por corresponder a la prestación acordada, es considerado un elemento esencial del pago, por tanto su incumplimiento, en todo caso se estimaría esencial.

c) A favor de quien cumple ?

Se deberá cumplir a favor del acreedor o del tercero, cuando así se haya convenido.

Puede darse el supuesto mediante el cual, se pacte que la prestación no se dará directamente al deudor, sino a un tercero, en interés del acreedor, en cuyo caso esta entrega será igualmente liberatoria, como si hubiere sido entregada al acreedor.

Este elemento, por corresponder a la prestación acordada, es considerado un elemento esencial del pago, por tanto su incumplimiento, en todo caso se estimaría esencial.

Es más, de pagarse a un sujeto que no es el acreedor, el pago no producirá ningún efecto liberatorio.

d) Cómo se cumple ?

(i) Se deberá cumplir sujeto a las condiciones que se hubieren pactado por las partes.

(ii) También se deberá cumplir dentro de los plazos que se hubieren pactado.

El plazo pactado para el cumplimiento de la obligación es una convención que tiene lugar entre el propio fiado y el beneficiario, y a éste, en principio deben estar las partes involucradas:

ARTICULO 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

ARTICULO 2079.- El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.

Ahora bien, si en el caso concreto no existió pacto expreso en virtud del cual se definiera el término para el cumplimiento, entonces se aplicaría el artículo 2080 del Código Civil Federal, que prescribe:

ARTICULO 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

(iii) También se deberá cumplir en el lugar que se hubiere pactado, de no preverse se deberá realizar en el domicilio del deudor (tratándose de muebles), si se tratara de inmuebles el pago deberá realizarse en el lugar en donde éstos se encuentren.

Este elemento, no se encuentra identificado como un elemento esencial, razón por la cual su incumplimiento da lugar al pago de daños y perjuicios, sin embargo, no incide en un incumplimiento esencial.

Sin embargo, si las partes acordaren dar a este elemento el carácter de esencial, el incumplimiento a éste requisito sí traería aparejado el incumplimiento esencial que haría imposible la substitución de un tercero o del fiador en el cumplimiento de la obligación.

1.4.4.- EL INCUMPLIMIENTO.

El incumplimiento de las obligaciones es aquella situación anómala que se presenta en la vida de una obligación, en la cual, el deudor no dio cumplimiento a su obligación.

Es decir, cuando ha incurrido en mora en la entrega de la cosa debida o la realización del hecho comprometido.⁵³

Por su parte, Rojina Villegas⁵⁴ la define de la siguiente forma:

“...Cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien, porque se cumplan los requisitos legales para ello, se incurre en mora...”

Este incumplimiento puede clasificarse de dos formas:

A) Atendiendo a la realización de las prestaciones:

- (i) Incumplimiento absoluto, “...esto es, la completa inactividad del sujeto que reporta el compromiso de hacer o de dar o, por el contrario la realización de la conducta que se obligó a no desplegar, cuando se trate de obligaciones de no hacer.”⁵⁵
- (ii) Incumplimiento relativo, “...que se presenta cuando el sujeto no cumple en los términos de lo convenido.”⁵⁶ Es decir, existe un cumplimiento, sin embargo, no se dio conforme a lo acordado.

B) Atendiendo al objeto de la obligación, se puede clasificar ⁵⁷en:

- (i) Incumplimiento esencial.
- (ii) Incumplimiento no esencia.

Estas clasificaciones se aprecian interesantes puesto que las opciones de cumplimiento, a las que se refiere esta investigación, se actualizan cuando ya existe la mora del deudor.

Esta mora es la que permite al tercero, comparecer frente al acreedor para plantear el cumplimiento sustituto.

Sin embargo, empiezan a surgir inquietudes que deberán ser materia de labora legislativa, dado que la regulación vigente no resuelve estas: ¿el tercero, deberá cumplir en las mismas condiciones del deudor? ¿Podrá ser obligado el beneficiario a recibir las prestaciones aún cuando ya hubo incumplimiento?

⁵³ Díaz Bravo, Arturo. CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Oxford. 2002. p. 49.

⁵⁴ Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Editorial Porrúa. Tomo V. Obligaciones II. México, D.F. 1997. P. 289.

⁵⁵ Díaz Bravo Arturo. Ob. Cit. P. P. 49.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Esta clasificación la tomamos de la obra de Navas Navarro, Susana. EL INCUMPLIMIENTO NO ESENCIAL DE LA OBLIGACIÓN. Editorial Reus. Madrid, España. 2004. P. 21.

1.4.5.- EL DERECHO DEL BENEFICIARIO AL CUMPLIMIENTO Y EL DERECHO DEL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO.

Ante el incumplimiento, es pertinente preguntarnos si el beneficiario tiene derecho al cumplimiento y hasta donde llega este derecho.

Conforme se dispone por el artículo 1949 del código Civil Federal, ante el incumplimiento el acreedor tiene los siguientes derechos:

ARTICULO 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

De acuerdo a lo apuntado, podrá entonces el beneficiario exigir el cumplimiento forzoso de la obligación o la rescisión de ésta.

Estas dos opciones que la ley le otorga son contradictorias del sentido del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y demás normas que regulen las relaciones entre el acreedor y los terceros que pueden cumplir con la obligación, puesto que si el beneficiario optó por la rescisión del contrato, no resulta conciliable (cuando menos a primera vista), el derecho de los terceros al cumplimiento de la obligación.

De ahí que aparentemente resulte contradictorio el instituto del cumplimiento por parte de un tercero, con el papel del beneficiario-acreedor, en el cumplimiento de la obligación.

Es decir, si partimos de la base de que es el acreedor quien tiene el derecho a optar por la rescisión o el cumplimiento forzoso, resultaría que el deudor sólo puede cumplir en aquellos casos en los que el acreedor exigiera el cumplimiento de su obligación (no así cuando opte por la rescisión).

Sin embargo, tal situación no es correcta, dado que en el incumplimiento de las obligaciones debe tenerse presente que se identificaba un tipo de incumplimiento, que es el no esencial.

En este, es tal la importancia que las partes dieron al cumplimiento, que no pactaron ninguna cláusula de cumplimiento que resultare esencial, en cuyo caso, aún y cuando y se encuentre en mora el deudor, este y los terceros tendrán legítimo derecho al cumplimiento de la obligación.

Este criterio, a pesar de parecer una limitación a los derechos del beneficiario-acreedor, derivados del artículo 1949 del Código Civil Federal, en realidad constituye un pacto de cumplimiento que no fue renunciado por las partes, al celebrar el contrato.

Es decir, las partes pudieron haber dado al contrato un carácter de esencial a determinados incumplimiento al no hacerlo así, deberá prevalecer su voluntad en el sentido de dar debido cumplimiento al contrato.

Conforme a lo apuntado, si bien es cierto, cuando se da el incumplimiento, se produce la mora, también lo es que el deudor que incumple tiene derecho a la mora, para cumplir aún con la mora con la obligación pactada.

Esto desde luego debe favorecer a cualquier tercero que intente cumplir con la obligación, ya que en tal supuesto también deberá reconocerse su derecho al cumplimiento, cuando el incumplimiento no sea esencial.

Estos comentarios, también aplican al fiador, quien en forma expresa se encuentra facultado por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para optar por el cumplimiento, aún y cuando exista ya el incumplimiento.

En este sentido es de resaltar que el legislador no excluyó la posibilidad de que el fiador cumpliera aún y cuando ya hubiere inclusive rescisión del contrato, dado que es un hecho que el privilegio reconocido por la ley, se debe aplicar de acuerdo a la situación real que ocurre en la práctica, en la cual, el fiador se entera el incumplimiento cuando el beneficiario ya optó o por el cumplimiento forzoso o por la rescisión.

De no prevalecer esta interpretación, el artículo 121 citado sería letra muerta, dado que los incumplimientos serían reclamados al fiador, ya cuando hubiere optado el beneficiario por la rescisión.

1.4.6.- DERECHO DE UN TERCERO AL CUMPLIMIENTO Y LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR PARA CUMPLIR CON LA DEUDA AJENA.

Resulta aparentemente contradictoria esta mención, puesto que se contraponen dos máximas:

- c) La máxima de la relatividad de los contratos⁵⁸, en virtud de la cual, al tercero no le deriva ni acción ni derecho del contrato en el cual no es parte.
- d) La máxima contemplada por el artículo 2072 del Código Civil Federal y del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en virtud de la cual se prevé un derecho a favor de este tercero para cumplir aún en contra de la voluntad del acreedor.

Esta aparente contradicción desaparece cuando se toma en cuenta que las obligaciones nacen para ser cumplidas, de ahí la existencia de medios alternos mediante los cuales se pueda dar este cumplimiento, aún sin la participación del deudor o aún en contra de su voluntad.

Lo anterior con los límites que nos marcaría el tipo de incumplimiento que ocurrió (esencial o no esencial).

⁵⁸ Planiol, Marcelo. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Las Obligaciones. Tomo VI. Primera Parte. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2002. p 455.

De esta forma, si nos encontramos frente a un incumplimiento no esencial, el acreedor deberá aceptar este cumplimiento por parte de un tercero (que en este caso sería el fiador), es decir, no quedará a su arbitrio el decidir si se acepta o no el cumplimiento.

Por el contrario, si lo que ocurrió fue un incumplimiento esencial, entonces, no podrá ser compelido el acreedor a recibir el cumplimiento por parte del tercero.

Sobre este derecho del tercero-fiador para el cumplimiento, señala Marcel Planiol⁵⁹ lo siguiente:

“...Cualquier persona puede, en principio, pagar. En primer lugar, antes que todos, el deudor puede hacerlo personalmente o por mandatario...Todo interesado, sea un codeudor solidario o un fiador, un detentador de un inmueble hipotecado, puede por igual pagar...En fin, un tercero cualquiera, aun cuando no tenga interés, y actuando por su propia voluntad, está facultado para pagar. El acreedor no tiene razón alguna, en efecto, para negarse a recibir la prestación que se le ofrece y está, más aun, obligado a aceptarla salvo que se trate de ciertas obligaciones de hacer, en las cuales la consideración de la persona del deudor es esencial (confección de una obra de arte, de una obra industrial que requiera una habilidad profesional)...”⁶⁰

Por su parte, Nieves Bayo Recuero⁶¹ expresa al referirse a quien puede realizar el pago:

“Por lo que se refiere al sujeto que podía realizar el pago, en Derecho Romano estaba totalmente reconocido y era plenamente eficaz el pago realizado por un tercero, que producía los mismos efectos liberatorios y extintivos que el pago realizado por la misma persona del deudor.”

Este criterio es reflejado por nuestro legislador, el cual, previó en el artículo 2072 del Código Civil Federal lo siguiente:

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

Conforme a la norma citada, el acreedor se encuentra obligado a recibir el pago del tercero, cuando éste opte por realizar el cumplimiento de la obligación del deudor.

Esta disposición no se aplica en todos los casos de pago de tercero, ya que el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, previene una regla especial:

“Artículo 122.- El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada...”

⁵⁹ Planiol, Marcel. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Las Obligaciones. Tomo VII. Segunda Parte. Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. 2002. P. 486.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Bayo Recuero, Nieves. Ob. Cit. P. 28.

Conforme a la norma citada, en todo caso y sin excepción, el fiador tiene derecho a la subrogación en los derechos del beneficiario frente al fiado.

De modo tal que sea que el pago se realice con consentimiento del deudor, ignorándolo el deudor o contra la voluntad del deudor, el fiador tendrá el derecho a la subrogación de todos los derechos, acciones y privilegios del beneficiario, con motivo del pago realizado.

Por tanto, tratándose de un tercero que tenga el carácter de institución de fianzas y el pago se realiza en cumplimiento a la responsabilidad asumida por la emisión de una póliza, este tercero tendrá el derecho de realizar el pago, y también tendrá el derecho para exigir que se le subroguen los derechos que tenía el beneficiario frente al deudor principal.

Ahora bien, este derecho del tercero para cumplir con su obligación no será un derecho irrestricto, sino que tendrá los mismos límites que tenía la obligación del propio deudor.

Obviamente, el legislador deberá prever reglas diferenciales por lo que se refiere al plazo y a la condición, dado que estas no pueden ser las mismas, por lo que se refiere a las demás, es aplicable lo señalado para los requisitos del pago en los apartados anteriores.

Ello en virtud de que cuando participa el fiador, como tercero que va a realizar el cumplimiento de la obligación, participa cuando ya tuvo lugar el incumplimiento, y por tanto su participación se deberá dar atendiendo a que probablemente los plazos se hayan ya vencido y las condiciones se hayan ya realizado, sin embargo, la prestación en sí misma no tendría porque cambiar, a menos que así lo acuerden el fiador y el beneficiario al momento de realizarse el pago.

Dicho de otra forma:

"En cuanto a la prestación objeto de la obligación, es decir, en cuanto a los límites objetivos a la intervención de terceros en relación jurídico-obligatoria ajena, la gestión de éstos solamente encuentra como obstáculos: en las obligaciones de dar, la libre disposición y la capacidad para enajenar la cosa debida...Y en las obligaciones de hacer, la calidad y circunstancias de la persona elegida por el acreedor...Fuero de esos límites...la prestación del tercero es idénticamente posible a la del deudor."⁶²

Por su parte, Hernández Moreno expresa:

"...así pues, de acuerdo con sus precedentes legislativos...sienta un principio general conforme al cual a toda persona le es lícito intervenir en la deuda de otro con el fin de pagarla y liberar al deudor...De los muchos textos del Digesto alusivos al tema, quizá el más expresivo sea el de Gayo, según el cual 'cualquiera puede pagar por el que no lo sabe y aun se opone, ya que es un principio establecido de derecho civil que se puede mejorar la condición de una persona si su conocimiento y aun contra su voluntad."⁶³

⁶² Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 4.

⁶³ Ibidem. P. 102.

Conforme a lo anterior la legitimación del fiador, para realizar el pago de la deuda del tercero, deriva de la propia naturaleza de la obligación y conforme a los siguientes principios⁶⁴:

“1ª. La legitimación ‘solvendi causa’ es un tipo de legitimación cuya titularidad la ostenta todo gestor interviniente en deuda ajena, lo que le permite, en todo caso, extinguir ésta.

2ª. Dicha legitimación ha de ser ejercitada en condiciones tales que supongan la inequívoca y manifiesta intención de extinguir la relación obligatoria en la que se interviene.

3ª. En el supuesto de que los titulares de esa misma legitimación ‘solvendi causa’ no la ejerciten convenientemente, es decir, actúen sin designar el efecto jurídico que se pretende, habrá que establecer un juego de presunciones tal que, cuando menos en el caso que nos ocupa, deduzca, a partir de un pago ‘simpliciter’ un hipotético propósito extintivo que mejore la condición del deudor.”

De acuerdo a los principios anteriores es evidente y natural la legitimación del fiador y de otros terceros, para que por su interés den cumplimiento a la obligación garantizada.

1.5.- FIGURAS ALTERNAS PARA EL CUMPLIMIENTO O PAGO DE LAS OBLIGACIONES.

De acuerdo a lo comentado, ante la actualización del incumplimiento, el legislador ha previsto una serie de disposiciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones, priorizando la oportunidad que se otorga a las partes para lograr el debido cumplimiento de las obligaciones.

De esta forma ha establecido y reconocido la existencia de figuras que permiten al que el deudor tenga acceso a mecanismos de solución del incumplimiento existente.

Estas figuras pueden clasificarse de la siguiente forma:

- e) Figuras en las que participa el propio deudor.
- f) Figuras en las que participa un tercero.

Dentro de las primeras se encuentran: la novación, la dación en pago, etc., que son figuras en las cuales cambia el objeto de la obligación y que dan oportunidad al cumplimiento del fiador, cuando el cumplimiento original no es posible o no es ya conveniente a las partes.

Es decir, en éstas no ocurre un cambio en la persona que cumple con la obligación, dado que continúa siendo el mismo.

Dentro de las segundas, se encuentran las figuras en las que es un tercero el que viene a cumplir con la obligación, en lugar del deudor original y a su vez se pueden clasificar en dos grupos.

⁶⁴ Ibidem. P. 107.

- (i) Aquellas figuras en las cuales tiene lugar la substitución de la persona del deudor⁶⁵ por la de un tercero que deviene en el nuevo sujeto de la obligación (p. ej: asunción de adeudo, pago con subrogación).⁶⁶
- (ii) Aquellas figuras en las cuales no tiene lugar la substitución de la persona del deudor, y en las que un tercero cumple con la obligación a cargo del deudor.⁶⁷

Dentro de estas últimas se encuentran las figuras del pago por tercero, en la cual, un tercero sin estar obligado, con un interés jurídico, realiza el pago por el deudor.

También, dentro de este grupo de cumplimientos se encuentra el fiador, quien, con la legitimación derivada del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puede cumplir con la obligación incumplida por el deudor.

II.- LA SUBSTITUCIÓN DEL FIADOR, EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DEL FIADO.

2.1.- ENUNCIACION LEGAL.

Esta figura se encuentra prevista por el primer párrafo del artículo 121 de la Ley de Fianza, de la siguiente forma:

“Artículo 121.- Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso.

En las fianzas que garanticen el pago de una suma de dinero en parcialidades, la falta de pago por el fiado de alguna de sus parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario a reclamar la fianza por la totalidad del adeudo insoluto, si la institución de fianzas hace el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo que para tal efecto se hubiere estipulado en la póliza, salvo pacto en contrario.”

⁶⁵ Ricardo Luis Lorenzetti, se refiere a ésta en su obra TRATADO DE LOS CONTRATOS. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. P. 90, al señala que “....La cesión de la posición contractual fue difícil de comprender para los estudiosos. Originariamente hubieron posiciones atomistas, que entendieron que había una cesión de créditos, más una cesión de deudas, consideradas aisladamente, sin tener presente la unidad de causa y de objeto que las conecta.

⁶⁶ En estas figuras, dado que el tercero se convierte en deudor del acreedor, no tiene lugar la subrogación, ni tampoco operaría la cesión de los derechos del acreedor dado que el nuevo deudor, cumplirá entonces con una obligación de la que es ahora (con motivo de la asunción) parte. Respecto de las relaciones entre el deudor y el asuntor, las mismas deberán estarse al acuerdo existente entre éste y el deudor.

⁶⁷ En estas figuras la participación del tercero se hace siempre con el carácter de tercero (respecto de la obligación principal), de modo tal que aún realizando el pago, no es en sí mismo el deudor, no opera en consecuencia ni la substitución de la personalidad del deudor, y lo único que tiene lugar es la substitución en el cumplimiento del objeto de la obligación. Ahora bien, ello implica, que operan a favor de éste los derechos de la subrogación por pago, la posible cesión de derechos.

2.2.- CONCEPTO DE LA SUBSTITUCIÓN.

De la fórmula plasmada por el legislador, se desprenden los siguientes elementos de la norma:

- (i) Sólo la pueden invocar las Instituciones de Fianzas.
- (ii) La obligación incumplida deberá tener un objeto consistente en un hacer o en un dar.
- (iii) Requiere que la obligación incumplida hayan sido garantizada por la institución de fianzas.
- (iv) Implicará “la substitución del deudor principal” en el cumplimiento de la obligación.
- (v) El cumplimiento sustituto podrá ser realizado por el propio fiador o constituyendo fideicomiso para ese fin.

Como se aprecia, nuestra legislación no define la figura, sino que se encarga de describir sus características, quedando pues aún pendiente por definir por nuestro legislador las reglas de aplicación del privilegio y los efectos que ésta tiene sobre las obligaciones que corresponden a cada una de las partes, sea al fiado, al beneficiario o al fiador.

Sin embargo tratando de encontrar una definición que considere los principales elementos de esta figura propondremos la siguiente:

Es una de las modalidades del pago por tercero, que legitima a una Institución de Fianzas y en virtud de un interés jurídico propio derivado de la emisión de una póliza de fianza, para optar por cumplir, dentro de los plazos que resulten suficientes para el tipo de obligación incumplida y cumpliendo las especificaciones pactadas por el fiado con el beneficiario, aquellas obligaciones directamente relacionadas con la obligación garantizada y cuyo objeto haya sido un dar o un hacer, en el caso de incumplimiento no esencial a las mismas, mediante la satisfacción de la prestación debida, por sí o constituyendo fideicomiso, y sin que tenga lugar la substitución del fiador, en la personalidad del deudor.

De este concepto se puede concluir que:

a) Es una de las modalidades del pago por tercero:

La figura en estudio, no constituye una especie distinta al pago por tercero previsto por los artículos 2066 al 2068 del Código Civil Federal, por tanto, mientras no exista una regulación más específica le resultarán aplicables estos artículos en forma supletoria, incluyendo los demás que se refieren al pago por tercero.

b) que legitima a una Institución de Fianzas:

Esta es una nota distintiva de la figura, puesto que efectivamente, y a diferencia de la figura del pago por tercero prevista por el Código Civil Federal, la legitimación reconocida por el legislador en el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, solo la tienen las Instituciones de Fianzas.

¿El hecho de haberlo previsto en esta forma el legislador implica que el ejercicio del privilegio le corresponde al fiador, o por el contrario, si también podrá participar el beneficiario en la toma de decisión?

Nuestra legislación no da una respuesta clara, resultando por ello un primer elemento adicional que deberá definir el legislador en la norma, a fin de evitar litigios sobre la materia.

Nosotros, nos atrevemos a afirmar que no vemos en la naturaleza de la figura ningún derecho del beneficiario a optar por la substitución o a resistirse a ella, dado que, en virtud de ésta, es el fiador quien tiene el derecho a cumplir con la obligación.

Aquí aplicamos, por analogía el criterio que estableció el legislador al referirse a la obligación del beneficiario a recibir el pago por tercero, y que se previene en el artículo 2072 del Código Civil Federal.

También derivada del principio de bilateralidad de las normas jurídicas, puesto que si bien es cierto existe la obligación del fiador de cumplir, también existe a su favor el derecho a hacerlo.

Por otro lado, es importante resaltar que también se desprende que lo que el legislador hizo al plasmar la figura del cumplimiento de la obligación garantizada, es crear un privilegio para que éste pudiera, de esta forma, hacer honor a su compromiso, en la misma medida en que podía ver reducida su pérdida.

Conforme a ello, consideraríamos que cualquier reforma sobre este punto debería reconocer la obligación del beneficiario a recibir el cumplimiento de la obligación por parte del fiador.

Ahora bien, con relación a este punto hay que tener presentes los supuestos en los que el pago por tercero no es viable, dadas las características de la prestación debida (contratos *intuitu personae* o que se hayan previsto causales de incumplimiento esencial).

c) En virtud de un interés jurídico propio derivado de la emisión de una póliza de fianza,

Se distinguía en la primera parte de este trabajo, la existencia de dos tipos de terceros:

- (i) Los terceros extraños.
- (ii) Los terceros no extraños.

En esta figura el fiador tiene el carácter de tercero no extraño, dado que tiene un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, interés que puede llegar a generar una responsabilidad para el.

Es decir, el incumplimiento del contrato garantizado no le será ajeno, sino que tendrá repercusiones que puede llegar a traducirse en el pago de la fianza otorgada.

d) Para optar por cumplir:

En este elemento, se tienden a distinguir dos situaciones:

- (i) En virtud de este privilegio, sin sustituir a la personalidad del deudor, se faculta al fiador, para cumplir la prestación debida por su fiado, y en su caso el beneficiario tendrá la obligación de recibir éste. En este punto sentimos que también debe reconocerse implícito el derecho del fiador a las contraprestaciones que se puedan adeudar al fiado por el cumplimiento sustituto que de, el fiador.
- (ii) Por otro lado, el derecho a la opción la tiene el fiador, no así el beneficiario ni el fiado.

e) Dentro de los plazos que resulten suficientes para el tipo de obligación incumplida y cumpliendo las especificaciones pactadas por el fiado con el beneficiario:

Se entiende implícito en el concepto el que los términos y condiciones a los que se sujetará el fiador, deberán ser distintos a los que corresponda al fiado, dado que de ser lo contrario, no tendría razón alguna la existencia de este derecho, puesto que el fiador conocería del incumplimiento cuando ya hubiere tenido lugar la rescisión del contrato garantizado, con lo que el cumplimiento sustituto sería inviable.

Por tanto, las obligaciones sujetas a plazo se entenderán vencidas, salvo el plazo que corresponda al fiador para realizar las prestaciones en las que se está substituyendo.

Por lo que se refiere a las condiciones, no se impondrán condiciones distintas al fiador, por lo que las del fiado son las únicas que prevalecerán, aunque para haber resultado exigible la reclamación, deberán ya haberse cumplido éstas.

Por otro lado, se entiende implícito en el concepto que tratándose de obligaciones en las que el plazo no haya sido esencial, deberá reconocerse al fiador el plazo necesario a fin de llevar a buen término los trabajos comprometido, de acuerdo a las características de éstos.

Tratándose de las especificaciones y conceptos, deberá el fiador ajustarse a los pactados por el fiado con el beneficiario, por lo que no podrá imponer variaciones, a menos que el beneficiario consienta con ellas.

f) Aquellas obligaciones directamente relacionadas con la obligación garantizada:

El texto de la norma obliga a que la obligación cuyo incumplimiento se imputa al fiado, sea la causa generadora de la responsabilidad del fiador.

Es decir, ese incumplimiento debe ser considerado como el evento futuro del cual depende la exigibilidad de la obligación a cargo del fiador.

De esta forma, en una fianza que garantiza la debida amortización del anticipo, es el incumplimiento a la obligación de rembolsar lo no amortizado, la que legitima al beneficiario a formular el reclamo.

Ahora bien, deberá entenderse implícita en la figura de la substitución, que el derecho del fiador, no solo se debe limitar a la obligación garantizada (que sería sólo la devolución del anticipo no amortizado) y en consecuencia deberá entenderse en un sentido amplio, es decir, deberá entenderse también legitimado para ejecutar el contrato y como consecuencia de ello, deberá operar la amortización del anticipo debido.

Es decir, la substitución operará respecto de las obligaciones del fiado, de las que deriven o puedan derivar la extinción de la responsabilidad del fiador.

Tratándose de una fianza de cumplimiento, es el incumplimiento a la obligación de ejecutar los trabajos, lo que legitima al beneficiario a formular el reclamo, de lo cual se deriva que el fiador podrá sustituirse, en la obligación de ejecutar los trabajos, para que de esa forma pueda darse la extinción de la fianza de cumplimiento, en virtud de los avances en los trabajos.

De lo señalado puede concluirse que el legislador no ha previsto, que el supuesto previsto por este artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dependa de que la obligación incumplida sea aquella en la que el fiador podrá sustituirse, sino que podrá ser, inclusive otra obligación diversa a la garantizada, pero siempre y cuando, de su incumplimiento haya derivado la obligación a cargo del fiado, es decir, que haya una relación directa entre la obligación incumplida y el derecho del beneficiario para formular el reclamo a la Institución de Fianzas.

Esto se entiende dado que si la póliza, como se comentaba, garantizaba la devolución del anticipo no amortizado, al no darse ésta, se generaba la obligación del fiador de pagar el importe del reclamo, de devolver la amortización debida por el fiado, sin embargo, el sentido de la norma es legitimar al fiador para ejecutar los trabajos, para que de esta forma se cumpla con la obligación principal de la cual se vincula la accesoría.

Conforme a ello, es dable estimar que el fiador tendrá derecho a sustituirse en el cumplimiento de la obligación, cuando del incumplimiento de la misma se genere la responsabilidad a cargo del fiado, garantizada por la póliza de fianza.

g) En el caso de incumplimiento no esencial a las mismas:

Tendrá carácter de esencial el incumplimiento, cuando el contrato o acto tenga las siguientes características:

- a) Cuando el plazo se haya pactado con la característica de esencial.
- b) Cuando el contrato incumplido sea intuito personae.
- c) Cuando se haya pactado, entre fiado y beneficiario, que no habría esta substitución.
- d) Cuando resulte ya imposible el cumplimiento.

h) por sí o constituyendo fideicomiso:

En cuanto a la ejecución del privilegio otorgado al fiador por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se pueden realizar las siguientes afirmaciones:

En primer término se señala que de la expresión utilizada por el legislador, no se desprende que se haya querido referir el legislador a aclarar quien debería ejecutar la obligación, más bien, se trató de definir en la norma, la forma en que financieramente se iba a ejecutar el contrato, de ahí que se haya expresado "...por sí o constituyendo fideicomiso."

Es decir, la formula utilizada quiere significar que podrá ser directamente el fiador el que tome la administración de la ejecución de la obligación o podrá ceder esta administración, a un tercero, un fideicomiso, constituido con fondos destinados a ese específico fin (cumplir con la obligación incumplida).

Conforme a lo anterior, el tipo de fideicomiso⁶⁸ al que se está refiriendo el legislador es al traslativo, para las obligaciones con objeto dar; y al de administración, para las obligaciones con objeto hacer.

En segundo lugar, también es importante resaltar que el legislador no definió el límite al cual habría que llegar la responsabilidad del fiador, por lo que con apoyo en la norma, no se puede determinar si la responsabilidad asumida por sí mismo o si el fondo con el que se constituirá el fideicomiso será hasta por la cantidad por la que se emitió la póliza, o hasta por el importe suficiente para cumplir con la obligación incumplida.

Es evidente que la responsabilidad del fiador no se limitará al importe de la el fiador iba a realizar los pagos, a los contratistas a fin de que éstos pudieran ejecutar los trabajos a cargo del fiado, puesto que esto no conduciría al cumplimiento de la obligación.

Lo anterior se robustece con el derecho que tiene el beneficiario a exigir el pago completo del adeudo y el derecho que tiene a rehusarse a recibir pagos parciales, sin que se entienda en el privilegio otorgado al fiador ninguna prerrogativa que vaya más allá del tenor del artículo 2078 del Código Civil Federal.

"ARTICULO 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley...."

Finalmente, la viabilidad de que el dar o hacer pueda ser realizado por terceras personas distintas al fiador, siempre y cuando éste asuma el compromiso que ese cumplimiento representa, resulta del propio planteamiento del legislador.

⁶⁸ Villegas, Carlos Gilberto. LAS GARANTIAS DEL CREDITO. Tomo II. 2ª. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 1998. p. 34. Existen distintos tipos de fideicomisos: "Fideicomisos traslativos. Son aquellos que tienen como finalidad que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez reunidos los requisitos previamente establecidos....Fideicomisos de administración. Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario ciertos bienes o derechos, para que éste proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos o rentas de los bienes fideicomitados, entregando el producto al beneficiario....Fideicomisos de garantía....En virtud de este tipo de fideicomisos, se trasmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que está a cargo del fideicomitente."

Conforme este aparece que el legislador ha estimado que no es necesaria que la ejecución del fideicomiso se ejecute por el propio fiador, sino que lo que priorizó el legislador es que sea el fiador el que constituya el fideicomiso.

En la práctica fiduciaria, el constituyente del fideicomiso es el fideicomitente, de ahí que no se estime que deba ser el fiador el contratista, sino sólo el comitente.

Conforme a ello, es válido afirmar que cuando se realiza el cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de fideicomiso, es un sujeto diverso al fiador, quien realizará la ejecución de los trabajos, ya que precisamente, una de las finalidades del fideicomiso es:

“...el negocio fiduciario tiene por finalidad conferir poderes al fiduciario para que éste pueda cumplir –de modo particularmente eficaz- un encargo que le hace el fiduciante.”⁶⁹

i) sin que tenga lugar la substitución del fiador, en la personalidad del deudor:

El artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sólo señala que el fiador tendrá la opción de “sustituirse” al deudor en el cumplimiento de la obligación.

Esta formula no aclara si la substitución ocurre respecto de la persona del deudor, o sólo respecto del cumplimiento de la obligación.

Por substitución se entiende:

“Acción y efecto de sustituir....”⁷⁰

Por su parte, sustituir significa:

“Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa....”⁷¹

Conforme la definición anterior, no habría lugar a dudas sobre el sentido del concepto y del alcance legal de la figura de la substitución del fiador, sin embargo, la norma se encuentra redactada en forma tal que puede admitir dos interpretaciones.

a) La primera referida a que la substitución se da respecto de la persona del deudor, ocupando en lo sucesivo el lugar del deudor el fiador.⁷²

⁶⁹ Farina, Juan M. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS. 2ª Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma SRL. Buenos Aires, Argentina. 1999. p. 361.

⁷⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Tomo 9. 22ª. Ed.; p. 1436.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. P. 90, señala que “...la cesión de la posición contractual fue difícil de comprender para los estudiosos. Originalmente hubieron posiciones atomistas, que entendieron que había una cesión de créditos, más una cesión de deudas...sin tener presente la unidad de causa y de objeto que las conecta. Para superar este obstáculo se consideró que había una cesión de créditos y de deudas coligados...Sin embargo, actualmente no se duda de que se debe considerar a la cesión del contrato como un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, que consiste en un único negocio traslativo del complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte...Por ello se ha dicho que ‘en la cesión de la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, la cesionaria adquiere el rango de parte contractual, con su posición activa y pasiva en las prestaciones recíprocas; en tales condiciones, el contratante cedido no es parte, limitándose a dar su asentamiento’...La cesión del contrato se distingue...de la subcontratación. En ambos hay una modificación subjetiva de una de las partes del

b) La segunda referida a que la substitución sólo se da respecto del cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, sin que llegue a ocupar el fiador el papel del deudor en la relación jurídica establecida.⁷³

En el planteamiento de los puntos anteriores deben tenerse presentes las siguientes premisas: El pago lo realiza el fiador, como un tercero interesado, en virtud de la emisión de la póliza de fianza; el pago lo realiza el fiador no como deudor del beneficiario.

Al respecto establece el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

“...las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación...”

Al definirse cual de las dos opciones es la que el legislador ha previsto, permite concluir que no es que el fiador substituya al deudor en la relación jurídica⁷⁴, con los mismos derechos y obligaciones; sino que el fiador participará en el cumplimiento como lo haría cualquier tercero, sin que sea necesario formar parte del contrato garantizado.

Sobre el particular, Alfonso Hernández Moreno⁷⁵ ha señalado que:

“...En resumidas cuentas, las obligaciones se extinguen...por el pago o cumplimiento, siempre que éste comporte, para el acreedor, la completa entrega de la cosa o completa realización de la prestación en que la obligación consista...mientras el tercero...satisfaga el interés del acreedor, la obligación se extinguirá tal y como hubiera podido ser cumplida por el mismo deudor.”

i) Obligaciones de dar o hacer:

Esta exigencia deriva del texto de la ley, por tanto, sólo podrá el fiador optar por el cumplimiento substituto cuando se trate de alguno de estos dos objetos.

Es decir, el legislador en forma correcta identificó que los únicos objetos de la obligación respecto de los cuales puede haber pago por tercero, son los objetos de dar o de hacer.

contrato, pero tienen efectos diferentes. En la cesión se transmite la posición contractual con liberación del cedente, pasando el cesionario a ocupar su lugar: no hay extinción del contrato ni de la obligación, no hay un contrato nuevo ni uno derivado, simplemente hay una transmisión; por esta razón el cesionario actúa como acreedor directo contra la otra parte contractual y no precisa de acciones oblicuas. En cambio, en la subcontratación hay un contrato derivado unilateralmente: es otro contrato sin desplazamiento del primer contratante; hay acción directa en virtud de que debe saltarse la posición intermedia que ocupa el contratante no liberado.”

⁷³ Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 88., este autor señala que “...existe lo que podríamos llamar, una patología del pago, cuando éste no produce...los efectos que, de una manera natural está llamado a provocar. La satisfacción y la extinción no son...naciones...concurrentes, sino divergentes...Nos interesa sobre todo...aquel pago que proviene de una persona distinta del deudor y que tiene como efecto más llamativo...la no liberación del deudor, por más que se satisfagan las legítimas expectativas del acreedor...”

⁷⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. P. 94. “...En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual...salvo que esa transmisión esté prohibida por estipulación o por disposición legal. Se denomina ‘contrato básico’ al contrato transmitido, ‘cedente’ a quien es parte en él, y realiza la transmisión, ‘cesionario’ al tercero, y ‘cedido’ a la otra parte del contrato básico...La transmisión de la posición contractual ”

⁷⁵ Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 7.

El objeto de no hacer, por definición, no es susceptible de cumplimiento sustituto, dado que al darse la mora es que el deudor principal ya realizó el hecho que no debía hacer, en tal virtud, resulta de la propia naturaleza del objeto imposible jurídicamente hablando que un tercero deje de hacer algo que ya hizo el deudor.

En este sentido, al hablar de la diferencia entre la obligación del fiado de la propia del fiador, el objeto de la obligación del deudor, debe permitir el cumplimiento sustituto, de modo tal que no deberá pretenderse, por el fiador, que el cumplimiento se de respecto de obligaciones intuito personae.

“...la prestación objeto de la obligación, es decir, en cuanto a los límites objetivos a la intervención de terceros en relación jurídico-obligatoria ajena, la gestión de éstos solamente encuentra como obstáculos: en las obligaciones de dar, la libre disposición y la capacidad para enajenar la cosa debida...Y en las obligaciones de hacer, la calidad y circunstancias de la persona elegida por el acreedor...”⁷⁶

Finalmente, debe tenerse también presente que en todo caso, lo que deberá privilegiarse tanto en las normas que cree el legislador, como en la aplicación de esta figura, es la extinción del adeudo a cargo del deudor, con motivo del pago realizado por el fiador.⁷⁷

2.3.- DIFERENCIAS CON LA CESIÓN DE DERECHOS.

La substitución en el cumplimiento de las obligaciones prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se distingue de la figura de la cesión de derechos conforme a lo siguiente.

Se define en el Código Civil Federal a la cesión de derechos, de la siguiente forma:

ARTICULO 2029.- Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor.

José de Jesús López Monroy, define a la cesión de créditos en la siguiente forma:

“...para la transmisión de los derechos incorporales...existe el contrato de cesión o transmisión de derechos...”⁷⁸

También señala que:

⁷⁶ Ibidem. P. 4.

⁷⁷ Se mencionaría como un caso en el que el fiador a pesar de realizar el pago no extingue el adeudo del fiado: En una reclamación de entregar una cosa, si la fianza es de cumplimiento y no se entrega ésta, puede el beneficiario optar por reclamar la fianza, y también puede exigir el cumplimiento forzoso, puesto que la fianza garantizaría los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. El caso contrario es aquél en el que el cobro de la fianza, extingue también la obligación del deudor: en el caso del contrato de arrendamiento, si la póliza garantiza las rentas, pagadas éstas por el fiador, extinguen el derecho de cobro del acreedor frente al deudo (se transmitirían al fiador vía la subrogación).

⁷⁸ López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo II. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 143.

"Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiera a otro los que tenga contra su deudor..."⁷⁹

Por su parte, Planiol define a la cesión de crédito como:

"...es un contrato por el cual el acreedor, que se llama cedente, transmite los derechos que tiene en contra de su deudor a un tercero, que se llama cesionario."⁸⁰

Como se aprecia, en virtud de esta figura, el que cede es el acreedor, el cual transmite "el derecho" que tiene en contra del deudor, es decir, el cesionario se torna en el nuevo acreedor, y de ahí que exista una substitución plena en la persona del acreedor.

Ahora bien, por lo que se refiere al deudor, en esta figura, no cambia seguirá siendo el mismo.

Tratándose de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no opera la substitución de la personalidad del deudor, sino que lo previsto por la Ley es sólo un privilegio para que el fiador, cumpla con la deuda de su fiado.

Es decir, y para hacer más evidente la diferencia podremos tener un caso en el cual se tenga celebrado un contrato entre A (que será el acreedor o beneficiario) y B (que será el deudor o fiado), con una garantía otorgada por la Institución de Fianzas C.

En su momento puede darse la cesión del derecho del beneficiario al cumplimiento de la obligación a favor de D (cesionario o nuevo beneficiario), en cuyo caso, el deudor B deberá cumplir ante éste su obligación.

En este escenario puede presentarse el incumplimiento y ser el fiador el que cumpla con la obligación, mediante la substitución.

En este caso, se aprecia claramente las diferencias entre una figura y la otra.

Sobre este punto, también es importante tener presente que la cesión podrá pactarse aún sin consentimiento del deudor fiado.

ARTICULO 2030.- El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho.

Lo anterior se robustece, puesto que en la cesión de créditos afianzados, lo que se transmite es la titularidad del derecho para exigir del deudor el cumplimiento, no así la obligación a cumplir.

Esto se afirma de la interpretación armónica que realizamos del artículo 2032 del Código Civil Federal.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Planiol. Cit. P. Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 575.

ARTICULO 2032.- La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente.

Por tanto, cuando hablamos de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no nos estamos refiriendo a la figura de la cesión de derechos, por ser incompatible ésta con la figura en estudio.

2.4.- DIFERENCIAS CON LA SUBROGACIÓN.

En cuanto a la subrogación, también resulta diferenciable la figura en estudio, conforme a lo siguiente.

En principio señalaremos que nuestro Código Civil Federal no define en forma clara la figura de la subrogación, sólo menciona en forma específica sus efectos y los supuestos en que se produce:

ARTICULO 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

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

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

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

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

Se define en el Código Civil Federal a la cesión de derechos, de la siguiente forma:

Por su parte, José de Jesús López Monroy⁸¹, explica la subrogación de la siguiente forma:

"....Institución de una obligación por otra. Se coloca dentro del c. (sic) de modificación de los elementos de la relación obligatoria...La subrogación personal la coloca el legislador dentro del tít.(sic) denominado la transmisión de las obligaciones, cuando después de hablar de la cesión de derechos y de la cesión de deudas tiene un tercer c. (sic) denominado 'De la subrogación' porque, efectivamente, ésta es una sucesión en el crédito ligado al pago o una transferencia del crédito a otras personas con todas las excepciones y garantías que tenía el crédito original...."

Por su parte, Josserand⁸² nos expone como noción de esta figura la siguiente:

"....La palabra subrogación evoca la idea de una substitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es

⁸¹ López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo VI. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 574.

⁸² Josserand. Cit. P. Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 590.

personal. Ahora bien, el pago puede ser la ocasión de una subrogación de orden personal.

Al respecto continúa mencionando Bonnecase⁸³:

"....La subrogación está ligada a un pago...'El pago con subrogación...difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda, no hace sino cambiar la persona del acreedor. El deudor es liberado respecto de su acreedor, pero pasa a ser deudor de aquel que ha pagado la deuda por él..."

Por su parte, Carlos Gilberto Villegas⁸⁴ expone:

"....el pago con subrogación es el que realiza un tercero y en virtud del cual se sustituye al acreedor, en la relación de éste con el deudor. El pagador sustituye así al acreedor y lo reemplaza en todos sus derechos frente al deudor. De este modo, el pagador recibe también los beneficios y preferencias que tenía el crédito en el que se sustituye, obteniendo los privilegios, preferencias y garantías anexas a aquél."

Por su parte Nieves Bayo Recuero⁸⁵ expone:

"....Es la acción que más protección otorga al tercero que ha pagado la deuda, ya que mediante la subrogación, el tercero se coloca en la posibilidad acreedora que tenía el anterior accipiens. Por ello, al subsistir la misma relación obligatoria, se transfieren al subrogado 'el crédito con los derechos a él anexas, ya contra el deudor ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas'...la subrogación se caracteriza por unas notas determinantes que la hacen individualizarse con respecto al resto...las diferencias más sustanciales que existen entre la acción de reembolso y la subrogación, manifestando que: 'así como en el caso del derecho al reembolso el crédito del tercero es nuevo e independiente del que tenía el acreedor originario, por lo cual a ese crédito autónomo no se le comunican las garantías o privilegios del crédito originario, cuando se trata...de subrogación, como quiera que el tercero pasa a ocupar la posición del acreedor originario, frente al deudor, ello determina el derecho del tercero a exigir el pago efectuado, y además a que de igual modo que al crédito del tercero, por ser el mismo que el originario, pasan las garantías de éste, se le puedan oponer las mismas excepciones...."

Como se aprecia, en virtud de esta figura, en virtud del pago realizado por un tercero interesado, se produce un cambio en la persona del acreedor, de modo tal que el tercero que paga, pasa a ocupar el lugar del acreedor, en la relación jurídica que se estableció entre el deudor fiado y el acreedor beneficiario.

Es decir, el deudor sigue siendo el mismo, la obligación para con él no se ha extinguido y en su lugar pasa al que paga el derecho del acreedor.

⁸³ Bonnecase. . Cit. P. Idem.

⁸⁴ Villegas, Carlos Gilberto. Ob. Cit. P. 273.

⁸⁵ Bayo Recuero, Nieves. Ob. Cit. P. 264.

Por lo que se refiere al privilegio contemplado por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando se opta por el no se produce la substitución en la personalidad del acreedor, por parte del fiador, sino que por el contrario, se opta el cumplimiento por el fiador frente al acreedor original.

Es decir, más que confundirse, la subrogación con la substitución, son claramente distinguibles, puesto que la subrogación es consecuencia, en ocasiones de la substitución o del pago realizado por el fiador.

Para hacer más evidente la diferencia con la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podremos tener un caso en el cual se tenga celebrado un contrato entre A (que será el acreedor o beneficiario) y B (que será el deudor o fiado), con una garantía otorgada por la Institución de Fianzas C.

En su momento puede realizarse el pago por el fiador, produciéndose en consecuencia el efecto previsto por el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Artículo 122.- El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

Es decir, la subrogación no es compatible con la figura de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que al tenor de lo dispuesto por el artículo 122 en cita, el pago es lo que genera la subrogación; no así la subrogación, el derecho para que el fiador pague la obligación principal incumplida.

Por otro lado, también se ha comentado por algunos estudiosos de la materia que en el caso de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos encontramos ante un supuesto de "subrogación del deudor", lo cual estimamos incorrecto por lo siguiente:

- i. En primer término, no existe en la legislación la figura de la subrogación del deudor, puesto que si la subrogación se actualiza por el pago, necesariamente deberá darse éste, y en el caso concreto tendría que ser una subrogación que no dependiere del pago, para que así pudiera pagar el "fiador subrogatario". Lo cual nos llevaría a un imposible jurídico dado que precisamente ante el incumplimiento el fiador intenta cumplir con la obligación principal sustituyéndose en el cumplimiento o en el deudor.
- ii. Por otro lado, tampoco estimamos viable la conceptualización de la subrogación de obligaciones, como sinónimo de la figura de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dado que la subrogación de obligaciones es sinónimo de cesión de deudas o asunción de adeudos, figura diferente a la substitución⁸⁶.

⁸⁶ Concha Malo Ramón. Ob. Cit. P. 31. Señala el autor citado que "...la subrogación es una especie de cesión, pues transmitir o ceder significan sustancialmente lo mismo, luego es lógico pensar que en lo no previsto por la Ley, en cuanto a la subrogación, es perfectamente válido aplicarle las disposiciones de la cesión."

Conforme a lo apuntado, estimamos que no es posible identificar la naturaleza jurídica de la sustitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con la figura de la subrogación, al partir de premisas diferentes y tener efectos jurídicos diferentes.

Por otro lado, es de resaltar en este punto que la subrogación, por pago, no operará de modo irrestricto en todos los casos, ya que⁸⁷:

- a) "No podrá darse la cesión y por analogía no podrá darse la subrogación del fiador en los derechos del acreedor en aquellos casos en que dichos derechos no sean cedibles o transmisibles.
- b) Por disposición de la Ley.
- c) Porque no lo permite la naturaleza del derecho...
- d) Tampoco podrán cederse y por analogía tampoco podrá subrogarse el fiador en las garantías o derechos accesorios ni en los privilegios del acreedor, cuando dichas garantías sean inseparables de la persona del acreedor".

Dentro de éstas últimas, el autor en cita señala que "...Entre esos casos podemos señalar...la pensión alimenticia, el salario de los trabajadores y los créditos fiscales...En los casos señalados, las garantías y privilegios sean del acreedor alimentista, sean del trabajador, sean del fisco estatal o federal se establecen por la ley también 'intuitu personae', por lo que tampoco podrá el fiador subrogarse en esas garantías o privilegios, además de que si no puede subrogarse en el negocio principal, menos podrá subrogarse en las garantías accesorias...."⁸⁸

2.5.- DIFERENCIA CON LA ASUNCIÓN DE DEUDAS.

Nuestro Código Civil Federal no define en forma clara la figura de la cesión de deudas o asunción de deudas, sólo menciona en forma específica sus efectos y los supuestos en que se produce:

ARTÍCULO 2052.- Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo.

ARTICULO 2053.- El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario.

Por su parte, Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila⁸⁹, explica la asunción de deudo de la siguiente forma:

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Ibidem. P. 32.

⁸⁹ Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo I. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 415.

"...A la asunción de deuda se le conoce también como cesión de deuda, o sustitución de deudor...La cesión de deuda en el CC (sic) se entiende como el contrato en términos del cual un deudor es sustituido por otro y la obligación sigue siendo la misma...En consecuencia existe una sustitución de deudor: el antiguo deudor queda exonerado y el nuevo deudor asume la obligación en los mismos términos que el anterior...Este cambio de derechos no implica una extinción de la relación jurídica; ésta continúa siendo la misma, salvo su extremo pasivo: hay nuevo deudor....Finalmente, es de considerarse la subsistencia de las garantías al cederse la deuda: cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, esta garantía cesa con la sustitución del deudor...."

Por su parte, Enneccerus-Lehman⁹⁰ nos expone como noción de esta figura la siguiente:

"...es el contrato por el cual un deudor es sustituido por otro y la obligación sigue siendo la misma".

Conforme a ello, se conceptúa como una verdadera sustitución en la persona del deudor, es decir, se actualizaría un cambio sustancial a uno de los elementos de la obligación (sujeto deudor).

Como se aprecia, en virtud de esta figura, se produce un cambio en la persona del deudor, de modo tal que el tercero que paga lo hace en su carácter de nuevo deudor, pasando a ocupar el lugar del deudor original en la relación jurídica que se estableció entre el deudor fiado y el acreedor beneficiario.

Es decir, el acreedor sigue siendo el mismo, la obligación para con él no se ha extinguido y en su lugar pasa al que paga el derecho en lugar del deudor original.

Es decir, y para hacer más evidente la diferencia con la sustitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podremos tener un caso en el cual se tenga celebrado un contrato entre A (que será el acreedor o beneficiario) y B (que será el deudor o fiado), con una garantía otorgada por la Institución de Fianzas C.

En su momento puede admitirse la asunción de deudas de un tercero interesado identificado como D.

De acuerdo a lo anterior habría que considerar dos efectos fundamentales en el caso de la asunción de deuda:

- a) Por una parte, el efecto liberatorio de la asunción respecto del deudor original; efecto que podrá no darse, si previamente se pacta lo anterior con el deudor original.⁹¹

⁹⁰ Enneccerus-Lehman. Cit. P. Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. P. 599.

⁹¹ ARTICULO 2053 del Código Civil Federal: "El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario."

- b) En segundo término, por razón de que en conforme al artículo 2055 del Código Civil Federal, la sola asunción puede implicar la extinción de la fianza, que es lo que legitimaría al fiador a “sustituirse”, lo cual resulta contradictorio.
- c) Finalmente, por razón de la asunción de adeuda implica que el asuntor que paga, lo hace no en carácter de subrogatario, sino con el carácter de deudor; de ahí que no tenga derecho al reembolso que sí corresponde al subrogatario, dado que inclusive, el deudor original quedará liberado de la obligación.
- d) El fiador no queda obligado frente al acreedor en los mismos términos y condiciones en que lo estaba el deudor original.

Como se aprecia, esta figura no satisface tampoco los presupuestos de los que se partiría en la conceptualización de la figura de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Es decir, la asunción de deudas, no es compatible con la figura de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que contrario a lo que se desprende de esta figura, en el caso de la substitución prevista por el 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las consecuencias que debieran producirse serían las siguientes:

- a) Que subsistiera la obligación del deudor original.
- b) Que el deudor sustituto sólo se encuentre obligado al cumplimiento, en la medida en que tuvo participación la fianza otorgada.
- c) Que no se extinguiera la garantía otorgada, a fin de que la participación del fiador, se legitime en virtud de la póliza reclamada.
- d) El fiador debe tener derecho al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido a fin de lograr el cumplimiento de la obligación garantizada.

Conforme a lo apuntado, estimamos que no es posible identificar la naturaleza jurídica de la substitución prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con la figura de la asunción de deudas, al partir de premisas diferentes y tener efectos jurídicos diferentes.

2.6.- EL PAGO REALIZADO POR UN OBLIGADO SOLIDARIO.

También se distingue el pago realizado por un obligado solidario, del pago realizado por el fiador, en substitución de las obligaciones del fiado.

Las distinciones se expresan de la siguiente forma:

El pago realizado por el fiador constituye un pago por tercero, mientras que el pago realizado por el obligado solidario constituye un pago realizado por uno de los deudores de la relación jurídica que deriva de la obligación solidaria.

En efecto, el texto del artículo 2794 del Código Civil Federal preceptúa:

ARTICULO 2794.- La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Conforme a la norma citada y por definición, el pago realizado por el fiador tiene como finalidad pagar el adeudo que tenía el deudor, en virtud de que éste no realizó tal pago.

Lo anterior implica que si bien es cierto que el deudor se encuentra obligado a pagar, también lo es que no está pagando una deuda propia y por tal motivo, no se identifica con la obligación solidaria.

2.7.- CARÁCTER PROPIO DE LA FIGURA DE LA SUBSTITUCIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 121 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

2.7.1. NOTAS DISTINTIVAS.

Estimamos que el derecho del fiador al cumplimiento de la obligación, es un privilegio particular y perfectamente distinguible de las figuras traslativas de derechos y obligaciones (asunción de adeudo, cesión de crédito, subrogación, etc.).

Ello en virtud de que no se encuentran presentes los elementos que caracterizan a éstas.

Entre estos elementos resaltamos:

- a) No opera en función del pago de la reclamación, sino que es previo al pago de la reclamación. Es decir, el pago del reclamo hace ya imposible el pago substituto, salvo el caso en que se trate de obligación de pagar una cantidad cierta la que corresponda al deudor y que cumpla el fiador.
- b) No tiene efectos liberatorios del deudor, sino sólo del fiador frente al beneficiario. El deudor seguirá obligado frente al fiador, al reembolso de las responsabilidades a su cargo.
- c) Una distinción muy importante es que las responsabilidades que resultarán a cargo del fiado y a favor del fiador, no serán las que de ordinario se generan a favor del fiador que paga, es decir, no habrá una subrogación como tal, ya que en la substitución (como se expondrá más adelante), el derecho que resulta a favor del fiador es al pago de daños y perjuicios originados en virtud de la substitución realizada por el fiador.
- d) No implica la substitución de la persona del deudor por el fiador, sino sólo la substitución en el cumplimiento.
- e) El fiador sólo se encontrará obligado al cumplimiento, en la medida en que tuviere participación con la obligación garantizada (nunca por el total).
- f) Subsistirá la fianza, en virtud de ser precisamente su existencia, la que legitima al fiador a cumplir con la obligación.

Similar a los privilegios de orden y excusión, en virtud del cual, sin sustituir al deudor, puede participar en el cumplimiento de la obligación garantizada.

Tiene naturaleza propia, no es una figura de transmisión de obligaciones ni tampoco de extinción de las mismas, es sólo un privilegio otorgado por la ley, para poder cumplir, como un tercero privilegiado, con la obligación garantizada.

2.7.2.- NATURALEZA JURIDICA.

De acuerdo a lo comentado en líneas anteriores, estimamos que la naturaleza jurídica de la institución en estudio es la de ser una modalidad del pago por tercero, en virtud de participar de muchas de sus características.

Dentro de éstas resaltamos que si bien es cierto el fiador tiene interés en el pago, no es deudor en la relación jurídica contractual principal.

Por otro lado, el fiador, no puede ser compelido contra su voluntad a la substitución, sino que es optativo para éste, en virtud de que no existe una obligación para substituirse.

El pago realizado, tiene efectos liberatorios tanto de la obligación principal, como de la accesoria.

Al mismo, tiempo se entienden las diferencias con el pago de tercero previsto en la legislación mercantil, puesto que en la figura prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el derecho del fiador a la subrogación opera, aún cuando el pago se realice en contra de la voluntad del deudor.

2.8.- JUSTIFICACION Y UTILIDAD DE LA SUBSTITUCIÓN.

En la práctica pudiera pensarse que no resultaría muy conveniente que las Instituciones de Fianzas participaran en el cumplimiento de la obligación, puesto que en principio las responsabilidades asumidas por ellas, no llegan a ser (salvo raras excepciones), iguales a las que tenía el fiado.

Es decir, si hablamos de un contrato de obra, con un anticipo del 30% y con una fianza de cumplimiento al 10%, podríamos acotar la responsabilidad del fiador en un 40% del monto del contrato.

Ahora bien, de realizarse en substitución del fiado la obra, lo que se tendría que invertir por parte del fiador, sería el 100%, cantidad necesaria para cumplir el contrato cuyo anticipo y cumplimiento se garantizó con las pólizas de fianza.

Ante este planteamiento resulta lógica la negativa de una institución para participar en el cumplimiento sustituto de la obligación, sin embargo, en la práctica, la figura no tendría porque operar así, ya que contrario a lo que se estima, el fiador no perdería el 100% del valor de la obra para cumplir con ésta, puesto que en un escenario ideal, debería tener el derecho a que esta opción, le permitiera disminuir su pérdida.

Ahora bien, para lograr esta disminución de la pérdida, deberá reconocerse a favor del fiador el derecho que tiene para “lucrar” también con el cumplimiento de la obligación.

Lucro que se limitará a aspirar el mismo porcentaje de utilidad pactado entre el fiado y el beneficiario (según los precios unitarios o el precio alzado pactado), y el cual le permitirá disminuir la pérdida en función de esto.

Es decir, se parte de la base de que el fiador no requerirá invertir el 100% para lograr el cumplimiento de la obra, sino que solo deberá invertir aquello que debió invertir el fiado y que constituye el costo de la obra.

Ahora bien, además de lo anterior, también es de resaltar que en consecuencia de lo anterior, deberá reconocerse al fiador, el derecho a pretender del beneficiario el pago de los trabajos realizados, en las mismas condiciones que se deberían pagar al propio fiado y en consecuencia, se deberían aplicar también estos pagos para generar flujo y amortizar así la pérdida que haya reportado inicialmente el fiador.

Es decir, el planteamiento básico en esta figura y lo que justifica su existencia, es que la sustitución misma permita al fiador generar los recursos para amortizar la pérdida que tuvo con motivo del incumplimiento en que incurrió el fiado.

Por tanto la justificación y utilidad de la figura es evidente, aunque desde luego está sujeta en cuanto a su eficiencia a una serie de factores, como son el que los costos de ejecución del fiador no sean superiores a los previstos por el propio fiado, a que el beneficiario respete las condiciones de pago, a que el beneficiario efectivamente realice los pagos, a que el fiador efectivamente obtenga los porcentajes de utilidad marcados y a que el fiador tenga la posibilidad (por sí o por terceras contratistas) de ejecutar los trabajos incumplidos por el fiado.

En su caso, las variantes que pudieren darse, sentimos nosotros, no pueden impactar en la utilidad de la figura, dado que la recuperación se incrementará en la medida en que el fiador optimice sus mecánicas de sustitución.

Por otro lado, respecto de los importes no recuperados por vía de ejecución y pago (por parte del beneficiario), se deberán estimar procedentes los procedimientos de recuperación previstos por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para que el fiador resuelva en definitiva su pérdida; sin embargo, deberán hacerse ajustes a las norma actualmente existentes, dado que en el caso concreto, estos importes no son importes pagados al beneficiario, por lo que no cabrían dentro de las opciones que actualmente prevé el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Es decir, deberá preverse el mismo privilegio de recuperación previsto por el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para aquellos importes pagados por el fiador a proveedores o prestadores de servicios, cuando estos pagos hayan tenido como fin el cumplir con la obligación garantizada.

Lo que resulta evidente es que, aún cuando no se recupere la totalidad de los importes invertidos por el fiador, **en la medida en que tiene avance el contrato, el fiador deberá tener derecho a recibir el pago de lo que se avanzó y en la misma medida, deberá estimarse extinguida su responsabilidad por lo que se refiere a las pólizas de anticipo y cumplimiento otorgadas.**

Es decir, aún cuando no se manejara margen de utilidad o inclusive aún cuando se rescatara menos de lo que se está invirtiendo, el avance en el contrato, por sí mismo genera liberación de responsabilidades a cargo del fiador, tanto de la cobertura de anticipo como de la de cumplimiento.

Cabe resaltar que en la medida en que esta práctica sea recurrida, su utilización tendería a eficientizarse, inclusive al grado de que las instituciones o la propia autoridad pudieran tener un padrón de contratistas y proveedores (previamente calificados por la autoridad), a los cuales puedan recurrir las instituciones, a fin de subcontratar para efectos de que se de cumplimiento a la obligación garantizada.

Conforme a lo anterior, se justifica la figura en estudio dado que la misma puede impactar en un sano cumplimiento de las obligaciones con la consecuente merma de los daños que pudiera sufrir el fiador, ante el incumplimiento de la obligación.

Ahora bien, este esquema no tendría porqué operar distinto en los contratos de prestación de servicios y aún en los contratos de dar, en los cuales, pueda ser susceptible de cumplirse la obligación por parte del fiador.

De ahí que se estime que lo que requeriría esta figura es una serie de reformas que permitan que la substitución en el cumplimiento de la obligación pueda conducirse por este esquema de ejecución u otro similar, en el cual, el propio avance genere recursos para seguir avanzando en el cumplimiento y que este cumplimiento también tenga por efecto la reducción de la responsabilidad del fiador.

2.9.- ESQUEMAS EJEMPLIFICATIVOS DE LA SUBSTITUCIÓN.

2.9.1.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO.

Conforme a lo apuntado, presentamos el siguiente cuadro explicativo:

Monto del contrato	10,000,000
Anticipo	3,000,000
Cumplimiento	1,000,000

INVERSION INICIAL	PRECIO DE CONTRATO	AMORTIZACION ANTICIPOS	IMPORTE PARA INVERSION	REMANENTES
4,000,000	4,400,000	1,320,000	3,080,000	0
3,080,000	3,388,000	1,016,400	2,371,600	360,691
2,010,909	2,212,000	663,600	1,548,400	1,548,400

Volumen de obra ejecutada (Precio de contrato)	10,000,000
Amortización de anticipos	3,000,000
Importe recuperado de la póliza de anticipo, via estimaciones (REMANENTES)	1,909,091
Importe ahorrado por no reclamo de la póliza de cumplimiento	1,000,000

Quebranto sin substitución	4,000,000
Quebranto con substitución	1,090,909

De la tabla que se expone se tiene lo siguiente:

- Se trata de un contrato cuyo monto es por \$10'000,000.00.
- En éste, contrato se pactó un anticipo del 30% (\$3'000,000.00) y una póliza de cumplimiento por el 10% (\$1'000,000.00).
- **Suponiendo un incumplimiento al 100%, estimaríamos que la pérdida del fiador ascendería a \$4'000,000.00 que implicaría la devolución del anticipo y el pago de la fianza de cumplimiento.**

Ahora bien, si el fiador optara por ejecutar la obra cuyo incumplimiento generó el reclamo de las pólizas, el escenario sería el siguiente.

- **Se empezaría por invertir los \$4'000,000.00 en ejecución de trabajos (estos se aplicarían del importe destinado al pago de la fianza de cumplimiento y de anticipo).**
- Al terminarse éstos y calculando un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$4'000,000.00 se convertirían en \$4'400,000.00.
- Estos \$4'400,000.00, constituirían el primer avance en los trabajos.
- De este avance procede que se amortice la cantidad de \$1'320,000.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de la estimación, serían \$3'080,000.00 (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- **Estos \$3'080,000 (que no se toman ya del patrimonio de la institución, sino de los importes que el propio contrato va generando), se volverían a invertir en ejecución de trabajos.**
- Al terminarse éstos, y calculando también un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$3'080,000.00 se convertirían en \$3'388,000.00.
- Estos \$3'388,000.00, junto a los \$4'400,000.00 anteriormente ejecutados, nos llevaría a un avance, en esta segunda estimación de \$7'788,000.000.
- De este segundo avance procede que se amortice la cantidad de \$1'016,400.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de esta segunda estimación, serían \$2'371,600.00 (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- De estos \$2'371,600.00, ya no sería necesario invertir la totalidad para generar obra (en virtud del avance previo), por lo que empezaría a darse un remanente que la Institución de Fianzas podría amortizar contra la inversión inicial. Este remanente sería de \$360,691.00.
- **De acuerdo a lo anterior, se deberían volver a invertir \$2'010,909.00 (que resultaría de los \$2'371,600.00 menos el remanente), importe que no se tomarían del patrimonio de la institución, sino de los importes que el propio contrato va generando.**

- Al terminarse éstos, y calculando también un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$2'010,909.00 se convertirían en \$2'212,000.00.
- De este tercer avance procede que se amortice la cantidad de \$663,600.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de la estimación, serían \$1'548,400.00, (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- Ahora bien, este importe líquido, ya no será necesario reinvertir, puesto que el contrato, ya estaría ejecutado al 100%.

De todo lo anterior resultaría:

- El contrato se encontraría totalmente ejecutado y por tanto la obligación del fiado cumplida.

Como consecuencia de ello, el quebranto del fiador se habría comportado, conforme a lo siguiente:

- Al haberse cumplido la totalidad del contrato, no existiría cargo alguno por concepto de la fianza de cumplimiento.
- Al haberse amortizado el anticipo, tampoco habría cargo alguno por concepto de la fianza de anticipo.
- Respecto de los importes invertidos (\$4'000,000.00), la Institución habría amortizado parcialmente esta inversión (\$2'909,091.00).
- **Resultando sólo con un quebranto, derivado del incumplimiento, por la cantidad de \$1'090,909.00.**
- **En consecuencia, se reduciría el quebranto en \$2'909,091.00.**
- **Este importe deberá ser recuperado del fiado, dado que este quebranto tuvo su origen en el incumplimiento.**

Esta amortización resulta de lo siguiente:

- Conforme al cuadro planteado, del pago que recibiría el fiador, por la cantidad de \$3'080,000.00 no habría importe alguno para amortizar, puesto que se requerirían los recursos para seguir ejecutando el contrato.
- El pago que recibiría el fiador por la cantidad de \$2'371,600.00, le permitiría amortizar la pérdida en \$360,691.00 y le permitiría invertir en obra la cantidad de \$2'010,909.00.

- Finalmente el pago de \$1'548,400.00 que recibiría el fiador por el último avance de obra, lo llevarían a recuperar también este importe y aplicarlo a la amortización del importe invertido.

Este escenario desde luego que es ideal, sin embargo nos da una clara idea de la finalidad que tiene y el resultado que pudiere tenerse de la utilización de esta figura.

Por otro lado, cuando sólo se vea involucrada o la póliza de anticipo o la de cumplimiento o la de vicios ocultos, el esquema se comportaría en forma similar.

2.9.2.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE CUMPLIMIENTO.

Conforme a lo apuntado, presentamos el siguiente cuadro explicativo:

Monto del contrato	10,000,000
Anticipo	-
Cumplimiento	1,000,000

INVERSION INICIAL	PRECIO DE CONTRATO	AMORTIZACIÓN DE ANTICIPOS	IMPORTE RECUPERADO	IMPORTE GENERADO
9,090,909	10,000,000	0	9,090,909	909,091

Volumen de obra ejecutada (precio de contrato)	10,000,000
Importe Generado	909,091
Importe ahorrado por no reclamo de la póliza de cumplimiento	1,000,000

Quebranto sin substitución	1,000,000
Quebranto con substitución	0

De la tabla que se expone se tiene lo siguiente:

- Se trata de un contrato cuyo monto es por \$10'000,000.00.
- En éste, contrato no se pactó anticipo. Sólo se pactó una póliza de cumplimiento por el 10% (\$1'000,000.00).
- **Suponiendo un incumplimiento al 100%, estimaríamos que la pérdida del fiador ascendería a \$1'000,000.00 que implicaría el pago de la fianza de cumplimiento.**

Ahora bien, si el fiador optara por ejecutar la obra cuyo incumplimiento generó el reclamo de las pólizas, el escenario sería el siguiente.

- Se invertirían \$9'090,909.00, que se tomarían de los \$1'000,000.00 que corresponden al incumplimiento y \$8'090,909.00 de recursos propios del fiador.
- Al terminarse éstos y calculando un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$9'090,2909.00 se convertirían en \$10'000,000.00.
- Estos \$10'000,000.00, constituirían el cumplimiento de la obligación garantizada.
- De este avance no se tendría que amortizar anticipo, puesto que no se otorgó.

De todo lo anterior resultaría:

- El contrato se encontraría totalmente ejecutado y por tanto la obligación del fiado cumplida.

Como consecuencia de ello, el quebranto del fiador se habría comportado, conforme a lo siguiente:

- Al haberse cumplido la totalidad del contrato, no existiría cargo alguno por concepto de la fianza de cumplimiento.
- Respecto de los importes invertidos \$9'090,2909.00, la Institución habría recuperado totalmente esta inversión y adicionalmente recuperaría otros \$909,091.00 que se podrían aplicar a pago de proveedores y contratistas.
- **Al final de este ejercicio, aparece que no existió quebranto, puesto que el mismo se desvanece al haberse cumplido el contrato y al haber generado fondos que optimizarían el cumplimiento de la obligación.**

Este escenario también es ideal, sin embargo, sirve de base para las opciones que pudieren darse cuando se opta por el cumplimiento sustituto.

2.9.3.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE ANTICIPO.

Conforme a lo apuntado, presentamos el siguiente cuadro explicativo:

Monto del contrato	10,000,000
Anticipo	3,000,000
Cumplimiento	-

INVERSION INICIAL	PRECIO DE CONTRATO	AMORTIZACIÓN DE ANTICIPOS	IMPORTE PARA INVERSION	REMANENTES
3,000,000	3,300,000	990,000	2,310,000	-
2,310,000	2,541,000	762,300	1,778,700	-
1,778,700	1,956,570	586,971	1,369,599	-
1,369,599	1,506,559	451,968	1,054,591	421,981
632,610	695,871	208,761	487,110	487,110

Volumen de obra ejecutada (precio de contrato)	10,000,000
Amortización de anticipos	3,000,000
Importe recuperado de la póliza de anticipo, via estimaciones (REMANENTES)	909,091
Importe ahorrado por no reclamo de la póliza de cumplimiento	0

Quebranto sin substitución	3,000,000
Quebranto con substitución	2,090,909

De la tabla que se expone se tiene lo siguiente:

- Se trata de un contrato cuyo monto es por \$10'000,000.00.
- En éste, contrato se pactó un anticipo del 30% (\$3'000,000.00) y se emitió una póliza por ese monto.

- **Suponiendo un incumplimiento al 100%, estimaríamos que la pérdida del fiador ascendería a \$3'000,000.00 que implicaría la devolución del anticipo.**

Ahora bien, si el fiador optara por ejecutar la obra cuyo incumplimiento generó el reclamo de las pólizas, el escenario sería el siguiente.

- **Se empezaría por invertir los \$3'000,000.00 en ejecución de trabajos (estos se aplicarían del importe destinado al pago de anticipo).**
- Al terminarse éstos y calculando un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$3'000,000.00 se convertirían en \$3'300,000.00.
- Estos \$3'300,000.00, constituirían el primer avance en los trabajos.
- De este avance procede que se amortice la cantidad de \$990,000.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de la estimación, serían \$2'310,000.00 (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- **Estos \$2'310,000.00 (que no se toman ya del patrimonio de la institución, sino de los importes que el propio contrato va generando), se volverían a invertir en ejecución de trabajos.**
- Al terminarse éstos, y calculando también un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$2'310,000.00 se convertirían en \$2'541,000.00.
- Estos \$2'541,000.00, junto a los \$3'300,000.00 anteriormente ejecutados, nos llevaría a un avance, en esta segunda estimación de \$5'841,000.00
- De este segundo avance (\$2'541,000.00) procede que se amortice la cantidad de \$762,300.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de esta segunda estimación, serían \$1'778,700.00 (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- **Estos \$1'778,700.00 se tendrían que volver a invertir, para que aplicando el 10% adicional por el diferencial entre costo y precio, se convirtieran en \$1'956,570.00 (importe que no se tomaría del patrimonio del fiador, sino del importe previamente invertido).**
- De este tercer avance procede que se amortice la cantidad de \$586,971.00, que corresponde al 30% de la estimación.

- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de la estimación, serían \$1'369,599.00, (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- Estos \$1'956,570.00, junto a los \$5'841,000.00, anteriormente ejecutados, nos llevaría a un avance, en esta tercera estimación de \$7'797,570.00.
- **Estos \$1'369,599.00 (que no se toman ya del patrimonio de la institución, sino de los importes que el propio contrato va generando), se volverían a invertir en ejecución de trabajos.**
- Al terminarse éstos, y calculando también un estimado de un 10% adicional por el diferencial entre costo y precio de estimación (utilidad), estos \$1'369,599.00 se convertirían en \$1'506,559.00.
- De este cuarto avance (\$1'506,559.00) procede que se amortice la cantidad de \$451,968.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de esta cuarta estimación, serían \$1'054,591.00 (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos). En esta estimación empezaría a haber remanente, dado que lo necesario para continuar con la ejecución es menor a lo que se generó en ésta. El remanente sería de \$421,981.00.
- Estos \$1'506,559.00, junto a los \$7'797,570.00, anteriormente ejecutados, nos llevaría a un avance, en esta tercera estimación de \$9'304,270.00
- Se tendrían que invertir otros \$632,610.00, para que aplicando el 10% adicional por el diferencial entre costo y precio, se convirtieran en \$695,871.00 (importe que no se tomaría del patrimonio del fiador, sino del importe previamente invertido).
- De este quinto avance procede que se amortice la cantidad de \$208,761.00, que corresponde al 30% de la estimación.
- Deduciendo esta amortización, el importe líquido que resultaría de la estimación, serían \$487,110.00, (que el beneficiario tendría que pagar a cambio del avance en los trabajos).
- Estos \$695,871.00, junto a los \$9'304,270.00, anteriormente ejecutados, nos llevaría a un avance, en esta tercera estimación de \$10'000,000.00, con lo que el contrato estaría cumplido al 100%.

De todo lo anterior resultaría:

- El contrato se encontraría totalmente ejecutado y por tanto la obligación del fiado cumplida.

Como consecuencia de ello, el quebranto del fiador se habría comportado, conforme a lo siguiente:

- Al haberse amortizado el anticipo, no habría cargo alguno por concepto de la fianza de anticipo.
- Respecto de los importes invertidos (\$3'000,000.00), la Institución habría amortizado totalmente esta inversión (\$3'000,000.00).
- **Resultando con un quebranto de \$2'090,909.00, que resultaría de la no recuperación del capital invertido inicialmente (\$3'000,000.00), menos el remanente que se obtuvo (\$909,091.00).**
- **Este importe deberá ser recuperado del fiado, dado que este quebranto tuvo su origen en el incumplimiento.**

Este escenario desde luego que es ideal, sin embargo nos da una clara idea de la finalidad que tiene y el resultado que pudiere tenerse de la utilización de esta figura.

2.9.4.- SUBSTITUCIÓN EN OPERACIONES CON FIANZA DE VICIOS OCULTOS Y CALIDAD.

Tratándose de las fianzas que garantizan la responsabilidad derivada de vicios ocultos o defectos o faltas de calidad, no se plantea esquema, dado que en éstas, el esquema planteado no tendría el mismo efecto.

Lo anterior en virtud de que al ser trabajos ya pagados al fiado previamente, el beneficiario no tendría que realizar pago alguno, por tanto no podrían generarse recursos que redujeran la pérdida del fiador.

Sin embargo, para el fiador subsiste la posibilidad de utilizar la substitución para reducir la pérdida, mediante la eficientización de costos en la reparación de los vicios detectados.

Es decir, si al fiador le resulta más barato el realizar las reparaciones por conducto de proveedores o contratistas propios, de lo que le resulta al beneficiario, entonces se justificaría el recurrir a esta figura.

2.10.- DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES, MEDIANTE LA SUBSTITUCIÓN.

Toda obligación nace para ser cumplida, o pagada.

En tal virtud, deben ser cumplidas, tanto la obligación principal a cargo del fiado, como la accesoria a cargo del fiador.

La diferencia en su cumplimiento estará dada en función de su objeto, de modo tal que uno será el objeto para el caso de cumplimiento de la obligación principal y otro para el caso de la obligación fiadora.

En general, como noción común podemos señalar que el cumplimiento de la obligación del fiador, aún en el ejercicio de la facultad prevista por el artículo 121 de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, deberá darse en los términos pactados por el propio deudor, conforme se exige por el artículo 2062 del Código Civil Federal:

ARTICULO 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

Sin embargo, no deberá aplicarse sin mayor interpretación esta norma, ya que el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé una variante que deberá considerarse en la evaluación de la opción del fiador para cumplir con la obligación.

Es decir, deberá interpretarse considerando el momento y las circunstancias en las que el fiador participa en la operación garantizada: esto es cuando la misma ya ha sido incumplida por el deudor.

En todo caso, deberán considerarse los siguientes requisitos:

a) La obligación deberá ser cumplida por parte de contratistas o proveedores que tengan relaciones jurídicas con la Institución de Fianzas o con los fideicomisos creados por éstas.

En todo caso deberá cuidarse que tanto los proveedores como las contratistas representen una opción viable de cumplimiento, en cuanto a calidad y especialidad.

b) El cumplimiento deberá darse a favor del acreedor, el cual, deberá recibir este cumplimiento sustituto.

c) El cumplimiento deberá darse con base a lo siguiente:

- Deberá cumplirse en el domicilio del fiador, salvo que el beneficiario acepte que el cumplimiento se de en un lugar diverso, salvo que se trate de inmuebles, en cuyo caso la entrega deberá realizarse en el lugar en donde este se encuentre.
- Los gastos de entrega serán de cuenta del fiador, si no se hubiere estipulado otra cosa.
- El fiador deberá hacer el pago del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

d) En cuanto a condiciones, se entenderá liso y llano el cumplimiento del fiador, puesto que si tiene responsabilidad es porque ya fue exigible la obligación a cargo del deudor, por ello, deberán entenderse satisfechas las condiciones a las que se hubiera sujetado la obligación principal.

d) En cuanto a término, se entenderá liso y llano el cumplimiento del fiador, puesto que si tiene responsabilidad también es porque ya fue exigible la obligación a cargo del deudor, por ello, deberán entenderse vencidos los plazos a los que se hubiera sujetado la obligación principal.

e) En cuanto al plazo de la obligación fiadora, debe entenderse que por virtud del privilegio previsto por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, existe un plazo dado por el legislador al fiador, para dar cumplimiento a su obligación.

Cuando se reclama la póliza de fianza, es porque el fiado ya incumplió.

Por tanto debe concluirse que la voluntad del legislador fue prever que el fiador efectivamente gozaría de este plazo, ya que pensar lo contrario, sería hacer nugatorio el derecho previsto por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que no se entendería que por una parte el reclamo se formule cuando ya se incumplió y por la otra, se otorgue la oportunidad de cumplir al fiador, dentro del mismo plazo que tenía el deudor.

En este sentido, se puede resolver esta inquietud, con las normas generales para las obligaciones⁹², las que diferencian:

- a. Tratándose de obligación principal de dar, el fiador tendrá 30 días contados a partir de que haga valer su derecho a la substitución (que es equivalente al requerimiento de cumplimiento del fiador).
- b. Tratándose de obligaciones de hacer, el fiador dispondrá del plazo necesario que corresponda atendiendo al tipo y magnitud de la obligación por prestar.

En este sentido, es de resaltar que el fiador podrá manifestar su opción al cumplimiento substituto dentro del plazo de 30 días que tiene para dictaminar, previsto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.⁹³

⁹² Previstas por el artículo 2080 del Código Civil Federal: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."

⁹³ "Artículo 93.- Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución de fianzas...

En las reclamaciones en contra de las instituciones de fianzas se observará lo siguiente:

I.- El beneficiario requerirá por escrito a la institución el pago de la fianza, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

La institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. En este caso, el beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

Si la institución no hace uso del derecho a que se refiere el párrafo anterior, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario.

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contado a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia;

II.- Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la siguiente fracción. Si el pago se hace después del plazo referido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis

Es decir, presentado el reclamo, iniciará el cómputo de los primeros 15 días para solicitar documentación al beneficiario; una vez solicitada esta documentación, iniciará el cómputo del plazo de 15 días que tiene el beneficiario para hacer llegar la documentación correspondiente.

Una vez llegada esta documentación, el fiador tendrá un plazo de 30 días para resolver la encomienda de pago.

Es dentro de éste plazo de 30 días al que nos referimos en líneas atrás y en el cual el fiador podrá hacer valer su derecho a la sustitución.

Ello se entiende, en razón de que éste derecho no deberá ejercerse cuando aún no haya incurrido en mora el fiado, puesto que el fiador no tendría forma de conocer el incumplimiento.

Por otro lado, tampoco el beneficiario puede formular reclamo alguno, por no darse los supuestos de exigibilidad.

Luego entonces, la opción a la sustitución deberá ejercerse con posterioridad al incumplimiento del fiado.

Ahora bien, no se podrá obligar al fiador a decidir sobre la sustitución dentro del primer plazo de 15 días, puesto que este plazo se entiende para que el fiador solicite la documentación necesaria a fin de constatar la existencia del incumplimiento.

Luego entonces, si aún no se tiene cierto el incumplimiento no se podrá exigir al fiador que tome una decisión sobre si se sustituye o no.

En el siguiente plazo de 15 días, tampoco tendrá los elementos el fiador para decidir, por lo que tampoco podrá obligársele a decidir si opta o no por el cumplimiento substituto.

Finalmente, una vez llegada esta documentación, es cuando el fiador podrá valorar si se sustituye o no, por tanto, deberá comunicar al beneficiario su decisión, precisamente dentro de los 30 días siguientes que tiene para notificar el dictamen correspondiente.

Una vez notificada su decisión para substituirse, empezarán a computarse los plazos descritos en los incisos (i) y (ii) anteriores.

Por otro lado, también existe la posibilidad de que tanto fiador como beneficiario puedan, convencionalmente pactar un plazo para el cumplimiento, en cuyo caso, respecto de ellos, se aplicará el criterio establecido por el artículo 2078 del Código Civil Federal:

ARTICULO 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

Ahora bien, ¿ y en el caso de que no se hubiere pactado plazo alguno en la póliza de fianza?

de esta Ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos de los artículos 93 Bis y 94 de esta Ley....”

En este caso, estimamos que deberá distinguirse aquellos casos en que el fiador y el beneficiario pactaron que el plazo sería esencial, en cuyo caso, no podrá otorgarse plazo alguno al fiador para cumplir con la obligación, sea cual fuere el objeto de la obligación.

Cuando el plazo no es esencial, dependerá el plazo de que gozará el fiador del objeto de la obligación garantizada, de modo tal que uno será el plazo de obligaciones de hacer y otro en las de dar, y dentro de éste último se tiene que distinguir las de pecuniario y las de bienes diversos a éste.

En las obligaciones de hacer, estimamos que puede legítimamente aplicarse el artículo 2080 del Código Civil Federal que prescribe:

“ARTICULO 2080.-Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.”

En las obligaciones de dar, también resuelve el problema el artículo en cita al prescribir:

“ARTICULO 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos....”

Ahora bien, se tiene que distinguir el dar distinto a numerario, en cuyo caso, si se toma en cuenta que la interpelación que el beneficiario realiza al fiador es la formulación de la propia reclamación, es de concluirse que el fiador dispone de 30 días posteriores a la fecha de formulación del reclamo para realizar el pago en substitución del deudor.

Si transcurre ese plazo, deberá entonces cubrir la obligación fiadora mediante el pago de la cantidad amparada por la póliza, hasta donde resulte procedente.

Finalmente, tratándose de obligaciones de numerario, se deberá tener presente que tal supuesto ya lo prevén los artículos 93, 95 y 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que el pago deberá realizarse en el plazo que para cada supuesto se prevé.

El plazo pactado para el cumplimiento de la obligación es una convención que tiene lugar entre el propio fiador y el beneficiario, y a éste, en principio deben estar las partes involucradas:

ARTICULO 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

ARTICULO 2079.- El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.

Ahora bien, si en el caso concreto no existió pacto expreso en virtud del cual se definiera el término para el cumplimiento, entonces se aplicaría el artículo 2080 del Código Civil Federal, que prescribe:

ARTICULO 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

Conforme a ello, la obligación asumida por el fiado frente al deudor, se sujetará en cuanto al tiempo al plazo que se hubiere pactado.

Sin embargo, para efectos del fiador, se estima que constituye un presupuesto procesal el que la obligación garantizada sea ya exigible, por vencimiento del plazo, para cubrir los requisitos de la exigibilidad de la obligación garantizada y que se prevén en los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

III.- PROBLEMÁTICA Y REFORMAS NECESARIAS A FIN DE QUE EL PRIVILEGIO CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 121 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS PERMITA LA SATISFACCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL BENEFICIARIO Y REDUZCA EL QUEBRANTO EN PERJUICIO DE LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.

3.1.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y TIPOS DE GARANTIAS EN LAS QUE OPERA LA SUBSTITUCIÓN.

3.1.1.- POR FIADO O BENEFICIARIO.-

De la fórmula empleada por el legislador, no se aprecia que haya pretendido reducir la aplicación de esta figura a algunos fiados o beneficiarios en particular.

En efecto, es de presumirse que al tratarse de un privilegio del fiador, es el carácter de éste el que legitima al fiador a invocar este privilegio, independientemente de quien sea el fiado o el beneficiario en el contrato.

De ahí, que resulte poco trascendente si el sujeto ante el cual se ejercerá este privilegio es un particular o es una autoridad.

3.1.2.- POR PROCEDIMIENTO DE RECLAMO.

Nuestra legislación prevé diferentes procedimientos a fin de hacer efectiva una póliza de fianza.

Ello significa que puede formularse el reclamo de pago, al amparo de diversos procedimientos, de acuerdo las reglas específicas que regulan a cada uno de éstos.

En tal virtud, para concluir sobre si es viable la substitución del fiador, habrá que mencionar estos procedimientos, con la aclaración de que sería idóneo que el legislador se ocupara de prever en forma expresa, en que tipo de procedimiento opera la substitución y en que tiempos se tiene el derecho para optar por éste cumplimiento:

- i) Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En éste procedimiento, estimamos viable la substitución, puesto que es precisamente con base en el procedimiento previsto por este numeral que el beneficiario de la póliza intenta el reclamo de la misma.

En tal virtud, al ser el primer acercamiento entre el fiador y el beneficiario, debe entenderse legítimo el derecho del fiador a sugerir el cumplimiento sustituto de la obligación.

Ahora bien, en este sentido y para evitar "prácticas" desleales, es importante definir que en los procedimientos que sigan a este o sean consecuencia de éste, el derecho a la substitución del fiador deberá limitarse, puesto que de otra forma se entendería como una

irrestricada oportunidad de dilatar el reclamo del beneficiario, sin un ánimo real de substituir al deudor en el cumplimiento de la obligación.

Sobre este punto, planteábamos en otro apartado de este trabajo que el fiador tendrá derecho a invocar la opción dentro del plazo de 30 días que tiene para dictaminar el reclamo formulado.

- ii)** Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

En este procedimiento no se estima viable la substitución, dado que por su temporalidad, se da cuando ya tuvo el beneficiario un dictamen por parte de la afianzadora o en su caso no fue atendido su reclamo.

En tal virtud, se estima que por las razones de temporalidad y eficacia de la substitución, en esta etapa no es viable que el fiador se pueda substituir en el cumplimiento.

- iii)** Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Este procedimiento de reclamo corresponde a las autoridades públicas, organismos descentralizados y entidades públicas, tanto federales, locales como municipales.

En éste procedimiento, en principio pudiera pensarse que la substitución resulta inviable, dado que no existe derecho a la suspensión en el procedimiento económico coactivo, por el hecho de que el fiador se substituya en el cumplimiento, lo cual no resulta un problema insalvable, dado que tal problema puede ser resuelto con una reforma legislativa.

En tal virtud, lo importante es definir si por el tipo de reclamo, se causarían perjuicios adicionales a los que se originó por el incumplimiento, si el fiador opta por la substitución.

De nuestra parte afirmaríamos categóricamente que no existe razón alguna para presumir que puedan derivar tales perjuicios en el patrimonio del beneficiario, puesto que precisamente, en estos casos se habla de contratos de obra pública, de proveeduría pública, de arrendamiento, de prestación de servicios, etc.

Contratos en los cuales, el fiado fue seleccionado mediante un procedimiento específico que se denomina de licitación pública, de ahí que mientras el ejecutante (el substituto) cumpla con las características y requisitos con los que cumplió el triunfador de la licitación, no debería existir problema en la substitución.

Por otro lado, al no operar la substitución de parte, tampoco se violaría ninguna disposición legal relacionada con la adjudicación de estos contratos.

También se precizaría que descartamos la viabilidad de la substitución, en los casos en los que el contrato se haya adjudicado en forma directa o cuando el contrato se haya adjudicado en licitación restringida, puesto que en estos casos, la misma razón del legislador para excluir la licitación pública excluye la posibilidad de la substitución.

Estas razones son por razón de que son contratos intuitu personae o son contratos en los cuales se pactó el plazo como cláusula esencial del contrato, de ahí que de darse el incumplimiento del fiado, estaríamos en presencia de un incumplimiento esencial.

Ahora bien, en la práctica y al día de hoy, tendremos que concluir que no es admisible ningún tipo de substitución, puesto que el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no prevé la suspensión del procedimiento económico coactivo por el ejercicio del derecho a la substitución.

iv) Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En este procedimiento no se estima viable la substitución, dado que por su temporalidad, se da cuando ya tuvo el beneficiario un dictamen por parte de la afianzadora o en su caso no fue atendido su reclamo.

En tal virtud, se estima que por las razones de temporalidad y eficacia de la substitución, en esta etapa no es viable que el fiador se pueda substituir en el cumplimiento.

v) Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En este procedimiento, por el tipo de obligaciones garantizadas, puede sólo estimarse viable la substitución tratándose de la obligación que existe a cargo del fiado, respecto del pago de la reparación del daño.

En efecto, tratándose de la sanción corporal impuesta al fiado no es dable prever ningún esquema de substitución.

vi) Procedimiento de reclamo previsto por el artículo 129 de la Ley de Amparo.

En este procedimiento, el objeto de la obligación es tal que sólo admite la substitución, en el pago del importe que se determine a cargo del fiado con motivo del incidente de daños y perjuicios promovido en su contra.

3.2.- OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SUBSTITUCIÓN.

Durante el desarrollo de este apartado plantaremos algunas de las vicisitudes que se detectan en la ejecución práctica de la substitución y las cuales deberían ser atendidas por el legislador, mediante las reformas correspondientes.

En este sentido, la norma debería indicar: si prevalecerán los términos en los que se contrato la obligación principal; cuales modificaciones se entenderán implícitas, cuáles serán las condiciones y plazos de su obligación alternativa; etc.

3.2.1.- PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL EJERCICIO DE ESTE DERECHO.

A) Problemática derivada del esquema financiero existente para la ejecución de un contrato.

Esta problemática se traduce en que durante la ejecución de la obligación incumplida, deberá establecerse, a favor del fiador, los mismos derechos que tenía el fiado, en cuanto a precio y tiempos de pago, a fin de que pueda, mediante la ejecución, satisfacer la pretensión del beneficiario, al mismo tiempo que satisface su interés en reducir el quebranto.

B) Problema derivado de la especialidad del objeto social de las Instituciones de Fianzas.

El artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé que:

“ARTICULO 16.- Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...

XVII.- Realizar las demás operaciones previstas en esta Ley,...”

Ahora bien, dado que el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, otorga en forma expresa, a las instituciones el derecho a sustituirse en el cumplimiento de la obligación: por si o constituyendo fideicomiso.

Conforme a lo anterior, es de resaltarse que en forma expresa, debería preverse en el artículo 16 de la citada Ley, que las instituciones de fianzas, en el ejercicio del derecho consignado por el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podrán participar como accionistas en sociedades que les permitan, en forma eficiente y ágil, cumplir con las obligaciones garantizadas o en su caso, celebrar con terceras sociedades, los contratos necesarios a fin de cumplir con las obligaciones garantizadas.

Lo anterior, en virtud de que para que éste privilegio sea efectivo, no basta con que se otorgue sino que se requiere la capacidad real del fiador, para cumplir con la obligación.

Es decir, es importante que el fiador tenga los recursos técnicos, financieros, materiales y humanos a su alcance para poder competir en forma eficiente en el cumplimiento de la obligación.

De ahí que deberá preverse en forma clara la posibilidad de que el fiador participe activamente de modo tal que tenga una real oportunidad para el cumplimiento de la obligación garantizada.

C) Problemática derivada del aseguramiento por parte del beneficiario que quien ejecutará los trabajos represente un estándar de calidad por razón de la especialidad.

A efecto de que la sustitución en el cumplimiento de la obligación no cause al beneficiario, perjuicios adicionales a los que ya causó el incumplimiento, deberá preverse en la Ley, determinado estándar que deberá satisfacer el fiador en el cumplimiento de la obligación, a efecto de conservar el ejercicio de ese privilegio.

Inclusive, puede llegar a pensarse en una pena legal, para el caso de que el fiador incumpla con la obligación substituida, es decir, para el caso, pese a haber optado por el cumplimiento substituto, no cumpla con éste.

En este sentido se entiende razonable esta posición, puesto que en su caso, el beneficiario correría el riesgo de que el desfase “doble” o doble incumplimiento pudiera repercutirle en daños y perjuicios adicionales.

Por otro lado, también se justificaría la existencia de esta pena, puesto que si bien es cierto es un privilegio del fiador, el substituirse en el cumplimiento de la obligación, también lo es que tal privilegio tiene como finalidad última la satisfacción en la prestación que existe a favor del beneficiario.

En tal virtud, no deberá entenderse esta figura, como un medio para que el fiador logre reducir su quebranto o como un medio para que el fiador se evada del pago, sino que debe entenderse como un mecanismo útil para satisfacer un interés dual: el del fiador que pretende reducir su quebranto, el del beneficiario que pretende el cumplimiento de la obligación comprometida.

Conforme a ello, y al tener este objetivo dual la substitución, deberá también reconocerse a favor del beneficiario el derecho legítimo para objetar la substitución, cuando a su juicio no se satisfaga por parte del fiador o por parte del sujeto que participe con él en el cumplimiento, con los requerimientos técnicos, materiales y humanos idóneos para el debido cumplimiento de la obligación.

Respecto de esta objeción que podrá formular el beneficiario, sería idóneo que el legislador hubiere previsto cuales eran los parámetros para considerar fundada la negativa, sin embargo, a la fecha no existen por lo que los tendremos que plantear:

A nuestro modo de ver, serviría la experiencia que se tiene en otras materias, por ejemplo, en la obra pública, existe un procedimiento, mediante el cual se garantiza al Estado, la contratación con la contratista que reúna las mejores condiciones de calidad y precio, en cuyo caso, un primer ejercicio sería otorgar al beneficiario, los elementos que prevé esa norma, para que con base a ese análisis pueda concluir sobre la idoneidad técnica y profesional del que ejecutara los trabajos o entregará la prestación, en substitución del deudor.

También pudiera servir como herramienta para la solución de esta controversia (sobre la capacidad técnica), la creación de un padrón nacional, a cargo de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en la cual se inscribieran los proveedores que tuvieran reconocida esta especialidad e idoneidad y en las ramas en que la tienen reconocida.

En este punto, no se plantea una mera inscripción, sino un estudio exhaustivo que realice la autoridad a fin de calificar, porqué no, aprobar o descalificar a los proveedores y contratistas que puedan participar en este padrón.

Inclusive con la posibilidad de vetarlos en éste, de modo tal que en caso de incumplimiento, no puedan ya prestar estos servicios a favor de otras Instituciones de fianzas.

3.2.2.- PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON EL OTORGAMIENTO DE GARANTIAS SOBRE LOS TRABAJOS CUMPLIDOS.

Cuando se habla del cumplimiento de una obligación, en un primer momento, lo que resulta más importante es en sí la prestación principal objeto del contrato, es decir, el hecho que se debe realizar o la prestación que se tiene que dar.

Sin embargo, cuando esta prestación o hecho se encuentran cumplidos, surgen entonces otras prioridades, como son las garantías que sobre los trabajos prestados está obligado a prestar el deudor.

En el caso concreto, y a la luz de la figura de la sustitución, pretendemos dejar plasmada la inquietud que sobre este punto se genera, dado que al ser un tercero el que cumple la obligación: ¿A quien corresponderá responder de estas garantías ¿

Estas garantías pueden referirse a responder de los vicios ocultos o de la calidad de los trabajos o de los bienes entregados.

En el contrato ordinario y habiendo cumplido el deudor, es por demás claro precisar que le corresponde precisamente a éste, responder de los vicios ocultos o defectos generados.

Ahora bien, tratándose del cumplimiento sustituto, y al haber sido el fiador el que ejecutó los trabajos, ¿A quién corresponderá responder por los vicios ocultos o faltas de calidad que se presenten?

En este punto se sugeriría al legislador una solución equitativa, y que se basa en la razón de ser del involucramiento del fiador.

Se aprecia que el fiador participa en el cumplimiento, como consecuencia del incumplimiento del fiado, por ello, es entendible que este cumplimiento del fiador no se realiza por sí, sino como consecuencia de aquél incumplimiento.

De ahí que estimemos correcto que sea el fiado el que deba responder al beneficiario, como parte en el contrato, de los daños y perjuicios que resulten de los vicios ocultos o faltas de calidad que se detecten.

Lo anterior se robustece, puesto que en virtud del cumplimiento sustituto, el pago realizado por el fiador se entiende realizado por el fiado y por ello, es prudente considerar que si el cumplimiento le favorece para liberarse frente al beneficiario, también deberá tomar las consecuencias negativas de éste.

Dentro de éstas consecuencias se encuentran las que corresponden a la responsabilidad de responder de los vicios ocultos y faltas de calidad que resulten; de ahí que sea el fiado el que deba responder de éstos.

3.2.3.- LEGITIMACION DEL FIADOR PARA EXIGIR Y RECIBIR LA CONTRAPRESTACIÓN QUE PROCEDE CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO SUBSTITUTO DE LA OBLIGACIÓN.

Cuando alguien, cualquiera, realiza la ejecución de un trabajo o entrega de una prestación, salvo en el caso de las liberalidades, tiene la expectativa de que quien recibe aquél, haga pago de alguna prestación en su favor.

Esta regla, también aplica tratándose de la figura en estudio, respecto de la cual, se puede afirmar que el fiador que se sustituye no lo hace a modo de liberalidad, sino pretendiendo con ello reducir la pérdida que puede sufrir con motivo del incumplimiento en que incurrió el fiado.

Esta pérdida se estima amortizable, con los recursos que genere el propio cumplimiento de la obligación.

Conforme a ello, es importante resaltar que en toda sustitución deberá reconocerse el derecho legítimo del fiador, para recibir la contraprestación que corresponda al beneficiario, con motivo de la prestación satisfecha por el fiador.

Ahora bien, esta prestación a cargo del beneficiario, deberá entenderse sólo subsistente en aquellos casos en los que no haya realizado este pago al fiado.

Es decir, si el fiado ya realizó cobro del precio por las obligaciones a su cargo, es evidente que el beneficiario no tendrá por qué pagar otra vez, habiendo sido ya liberatorio el primer pago.

Por ello, de no haberse realizado el pago o al no haber sido éste liberatorio, subsistirá la obligación a cargo del beneficiario de realizar el pago, una vez que le sean cumplidas las obligaciones en las cuales éste figure como acreedor.

Como se aprecia, no en todos los supuestos, aparece cumplida la obligación a cargo del beneficiario, sin embargo, en los que ésta ya se cumplió se torna inviable la sustitución en el cumplimiento, por inconveniencia financiera, dado que al no existir contraprestación a cargo del beneficiario, de darse el cumplimiento sustituto, entonces ya no habría contra prestación a favor del fiador (puesto que el beneficiario no estaría obligado a pagar dos veces la obligación).

Lo anterior nos permite concluir que en los casos en los que proceda la sustitución, debe considerarse como un factor importante el interés que tendrá el fiador en recibir las contraprestaciones que a cargo del fiado, se hubieren pactado en el contrato incumplido.

En este punto surge la problemática de la legitimación para cobrar, puesto que aún y cuando el fiador hubiere dado el cumplimiento sustituto, no se prevé en el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la autorización para que sea el fiador el que cobre los importes adeudados por el beneficiario (con motivo del cumplimiento).

En efecto, es importante resaltar que en su caso, el pago que realice el beneficiario, también deberá tener efectos liberatorios de éste, respecto de las obligaciones asumidas por él frente al fiado.

A este respecto es de resaltar que por virtud de la substitución, no se entiende que el fiador sea contraparte del beneficiario en el contrato principal, sino que seguirá siendo su contraparte el fiado.

En tal virtud, estimamos que la solución debería ser establecer en el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la legitimación del fiador para exigir del acreedor (beneficiario), los importes que éste adeude, con motivo del cumplimiento de la obligación.

La necesidad de esta legitimación resulta más evidente, si se considera que en su caso, el beneficiario puede optar por no cumplir con su obligación frente a quien cumplió con la obligación (es decir, frente al fiador), en este supuesto, es lógico pensar que el fiador no deberá estar sólo al querer del beneficiario, por otro lado, tampoco podrá depender de la personalidad del fiado para exigir su derecho.

En efecto, la razón obliga a pensar que si el fiador cumplió con la obligación y con motivo de ello, tiene un derecho para cobro y el beneficiario tiene la obligación de pagar, huelga decir que deberá reconocerse por el legislador acción para exigir del beneficiario las cantidades que resulten, a favor del fiador, con motivo del cumplimiento sustituto de la obligación.

En este sentido, es importante señalar que derivan dos reformas necesarias: la primera relacionada con la legitimación del fiador para cobrar y que los pagos así realizados sean liberatorios para el beneficiario, así como el reconocimiento de la acción del fiador para poder exigir del beneficiario los importes que correspondan con motivo del cumplimiento sustituto de la obligación.

3.2.4.- EFECTO LIBERATORIO DEL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

El cumplimiento por parte del fiador, en ejercicio de la substitución y por corresponder en su naturaleza a un pago por tercero tiene el siguiente efecto respecto del vínculo jurídico principal:

“Y por lo que se refiere al vínculo propiamente dicho, la relación jurídica misma puede ser extinguida por causa de la intervención de un tercero....”⁹⁴

Esto ocurre, inclusive en los casos en los que el beneficiario recibe en pago una cosa distinta a la debida, conforme a lo siguiente:

ARTÍCULO 2,095.- La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.

“En resumidas cuentas, las obligaciones se extinguen...por el pago o cumplimiento, siempre que éste comporte, para el acreedor, la completa entrega de la cosa o la completa realización de la prestación en que la obligación consista. En esta línea, mientras el tercero (pero cualquier tercero) satisfaga el interés del acreedor, la obligación se extinguirá tal y como hubiera podido ser cumplida por el mismo deudor....”⁹⁵

⁹⁴ Hernández Moreno, Alfonso. Ob. Cit. P. 5.

⁹⁵ Ibidem. P. 7.

Sin embargo, esta regla puede no tener vigencia, por lo que se refiere a nuestro derecho, en virtud de lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

“Artículo 122.- El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianzas, es impedido o le resulta imposible la subrogación.”

Conforme a la norma citada, es otro el destino de la obligación cuyo cumplimiento realiza el fiador, esta obligación no se extingue, sino que se transmite al fiador, para el cobro de aquello que resulte a favor del fiador.

Sobre este punto expone Hernández Moreno:

“...Ello supone que el pago, aun siéndolo, puede comprender, y de hecho las comprende, dos funciones distintas, a saber: la función extintiva del crédito o de la deuda, que tiene como consecuencia la pura liberación del deudor; y la función satisfactiva que mira a la satisfacción del interés del acreedor. La ley parece permitir hoy, que ambas funciones se desliguen la una de la otra; de modo que el pago, por sí mismo, no presuponga de un modo necesario la conjunción de ambas funciones, satisfactiva la una y extintiva la otra.

Y efectivamente, se puede satisfacer sin liberar, como en el caso de que permanezca la misma obligación no obstante la realización de la prestación debida al acreedor.”⁹⁶

Por otro lado, continúa desarrollando que:

“Cabe, por el contrario, que la doble función del pago venga dissociada en el tiempo en orden, precisamente, a la intervención de más de dos sujetos en la relación obligatoria. Así, cuando aparece en la relación obligatoria dada un sujeto no inicialmente contemplado en dicha relación jurídica, podría darse el supuesto de que tal sujeto satisficiera por completo el interés del acreedor...sin darse, no obstante, la liberación del deudor, que seguiría siéndolo, tal y como al principio, es decir, de la misma deuda y en idénticas condiciones o, al menos, de otra deuda distinta de la primera, pero nacida directamente de la intervención del tercero en la relación jurídica inicialmente creada.”⁹⁷

Conforme a lo apuntado, la obligación no se extingue, sólo se transmite y subsiste hasta que el fiado cumple con el fiador, las obligaciones derivadas del contrato.

Este supuesto, es identificado con el nombre de “pago heteroeficáz”, expresándose en la doctrina, en los siguientes términos:

⁹⁶ Ibidem. P. 47.

⁹⁷ Ibidem. P. 48.

“Si al pago normal y corriente, que extingue la obligación, le aplicamos una eficacia también normal y corriente, cual es la liberación del deudor, hablaremos entonces de un pago eficaz. En cambio, si consideramos al pago, manteniendo la noción, como susceptible de producir efectos distintos de los normales hablaremos de PAGO HETEROEFICAZ. La heteroeficacia del pago, nos marcará, pues, una eficacia distinta de la eficacia que, normalmente, produce el pago.

En definitiva, será pago heteroeficaz todo aquel pago que, sin dejar de serlo, en cuanto actúa el contenido del derecho de crédito, no extingue, sin embargo, la obligación del deudor; antes al contrario, ésta permanece idéntica a favor del que realiza el pago.”⁹⁸

En tal virtud, no opera novación alguna en virtud del pago realizado por el fiador y en su lugar, opera la subrogación prevista por el citado artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y por tanto, los efectos liberatorios del pago surtirán sus efectos, respecto del fiador, en el momento en que se substituya; respecto del fiado, hasta que restituya al fiador de los importes pagados.

3.2.5.- PROBLEMÁTICA DE LA SUBSTITUCIÓN RELACIONADA CON EL TEMA DE LA EVICCIÓN.

Otro de los temas que el legislador deberá estudiar a efecto de establecer las normas que permitan el correcto funcionamiento de la figura de la sustitución, es el relativo a la evicción.

La evicción se actualiza “...cuando el adquirente resulte privado de su derecho sobre el bien adquirido como consecuencia de una sentencia judicial que declarase un defecto en el derecho del vendedor a favor de un tercero. Por esa razón, se resume la regla diciendo que evicción es vencer en juicio con un mejor derecho...”⁹⁹

Asimismo, previene el artículo 2119 del Código Civil Federal, lo siguiente:

ARTICULO 2119.- Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.

Conforme a este tema, resulta la responsabilidad de aquél que cumple con su obligación de dar, de responder frente al acreedor, para el caso de evicción.

En una obligación cuyo cumplimiento recayó en el propio deudor, no se entiende mayor complejidad puesto que el saneamiento para el caso de evicción, corresponde al propio deudor.

Sin embargo, el supuesto es distinto, si resulta que existió evicción, respecto del objeto cosa, con el que el fiador dio cumplimiento a su obligación, puesto que en virtud del

⁹⁸ Ibidem. P. 87.

⁹⁹ López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo III. P. 879.

cumplimiento sustituto, es éste el sujeto obligado, frente al deudor, a responder de la cosa con la que se cumplió con la obligación.

En tal sentido, deberá preverse por el legislador, en el contexto de la figura en estudio, que la responsabilidad asumida por el fiador, se deberá limitar al pago de la cantidad por la que existiere responsabilidad con motivo de la fianza emitida, con la salvaguarda de derechos del beneficiario para reclamar importes adicionales para el caso de que se hubiere pagado importes adicionales al fiador, con motivo del cumplimiento de la obligación.

Es decir, la consecuencia de la evicción deberá ser que el fiador restituya al beneficiario de los importes entregados al fiador y de aquellos también que antes del cumplimiento sustituto tenía derecho a reclamar, con cargo a la fianza emitida por el fiador.

Ahora bien, dada las características de la operación, deberán también preverse en el cumplimiento sustituto la aplicación analógica de las siguientes normas legales que se encuentran en el Código Civil Federal:

ARTICULO 2121.- Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción, y aun convenir en que ésta no se preste en ningún caso.

ARTICULO 2122.- Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya.

ARTICULO 2123.- Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126, fracción I y 2127, fracción I; pero aun de esta obligación quedará libre, si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias.

Ahora bien, si esta evicción se produce en el caso de que el fiador hubiere realizado una dación en pago, a modo de cumplimiento sustituto, se entenderá, inclusive renacida la obligación fiadora, por el importe por el que tenga responsabilidad el fiador frente al beneficiario, de acuerdo al texto del artículo 2096 del Código Civil Federal,

ARTICULO 2096.- Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago.

3.3.- LA OBLIGATORIEDAD DE LA SUBSTITUCIÓN.

3.3.1.- LA OPOSICIÓN DEL FIADO AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO POR LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.

En cuanto a la viabilidad de que el fiado se rehúse al cumplimiento sustituto por parte de un tercero, como puede ser el fiador, la ley no prevé la solución.

Es decir, la norma es omisa respecto de este punto, por lo que se hace necesaria la integración a fin de establecer una solución compatible con las normas vigentes.

Conforme a ello, se partiría de la base de considerar que el cumplimiento de las obligaciones es un efecto de las mismas, que tiende a darle utilidad, vigencia y justificación al régimen jurídico, y por ello debe estimarse como el valor que anima al legislador al crear las normas que rigen los derechos mismos de las partes en un contrato.

En tal virtud, todo aquello que tienda al cumplimiento de las obligaciones debe entenderse como cláusula natural en toda figura jurídica que tenga que ver con éste.

De acuerdo a lo apuntado, no se entiende, por una razón finalista, que el deudor tenga el derecho a oponerse al cumplimiento sustituto de la obligación garantizada, puesto que ello impactaría en el no cumplimiento de la obligación.

Por otro lado, también se llega a la misma conclusión del tenor del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ya que la norma en cita prescribe que corresponderá al fiador el elegir la opción de cumplimiento de la obligación garantizada.

En efecto, en el artículo citado el legislador ha utilizado la fórmula "podrá", que denota una potestad voluntaria, refiriendo tal privilegio al fiador, no al deudor ni al beneficiario.

De ahí que no tenga el deudor derecho alguno para oponerse al ejercicio de este privilegio por parte del deudor.

Finalmente, también se resalta que el derecho al cumplimiento, es establecido por el Código Civil Federal, en forma genérica y otorgado a cualquier sujeto, aún en contra de la voluntad del deudor, de ahí que pueda concluirse que el derecho del fiador para sustituirse en el cumplimiento de la obligación, puede inclusive darse aún en contra de la voluntad del deudor, aplicando por analogía el criterio establecido por el artículo 2068 del Código Civil Federal.

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

Por otro lado, el fiado tampoco podrá objetar el cumplimiento sustituto, cuando haya interés del beneficiario en que éste se realice, puesto que, inclusive en los contratos intuitu personae, es éste sujeto el que se ve afectado por la prestación incumplida y por la substitución, por parte de un sujeto diverso al deudor.

En este punto es importante resaltar que podría presentarse el caso en el que el fiado alegare razones "fundadas" para oponerse, tales como incumplimientos previos del beneficiario, que lo legitimaren para incumplir la obligación que existiere de su parte.

En este supuesto, es válido pensar en que no puede exigir el cumplimiento quien no ha cumplido con lo que a su parte corresponde,¹⁰⁰ por tanto el fiador se encontrará facultado

¹⁰⁰ Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 121-126 Cuarta Parte. Página: 13. **CONTRATO, ACCION DE CUMPLIMIENTO DE.** Aunque el contrato de aportación celebrado por las partes, sea bilateral, conmutativo y oneroso, en tanto que imponga derechos y obligaciones para ambos contratantes, así como provechos y gravámenes recíprocos, la acción que por causa de incumplimiento concede a quien sí ha cumplido, el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, requiere que el demandante justifique hallarse al corriente en las obligaciones que le corresponden conforme al contrato; mas si el propio actor admite en su demanda del juicio natural, la falta del pago completo de uno de los abonos estipulados y si además durante el curso del juicio se vencieron otros abonos, sin que la actora los hubiera consignado, es obvio que ello pone de relieve la ausencia de verdadera intención de cumplir; con la circunstancia de que el incumplimiento de la otra parte

para poder considerar improcedente el dictamen y en consecuencia, negarse a cumplir sea pagando la póliza o sea substituyéndose en el cumplimiento.

Ahora bien, si el aviso y las pruebas que acrediten el incumplimiento del beneficiario no se hacen del conocimiento del fiador por parte del fiado, conforme se dispone por el artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podrá el fiador disponer libremente del pago o de la substitución del reclamo.

De acuerdo a lo anterior, no se entiende ninguna facultad del fiado para oponerse a la substitución, sólo tiene el derecho de hacer del conocimiento del fiador las excepciones que tuviere en contra del reclamo, y en su caso, de optar el fiador (pese a las excepciones) al cumplimiento, el derecho que tendrá el fiado es a oponer al fiador, son las mismas excepciones que tenía en contra del acreedor (conforme se indica por el artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

3.3.2.- LA OPOSICIÓN DEL BENEFICIARIO AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO POR LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.

Respecto de este sujeto, tampoco señala el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas ninguna exclusión; sin embargo, sentimos que no puede entenderse en la misma forma en que se interpretaba en el inciso anterior, dado que en el presente deberá tomarse en cuenta, las siguientes excluyentes a la obligatoriedad de la substitución para con el beneficiario:

- a) Cuando el plazo se haya pactado con la característica de esencial.
- b) Cuando el contrato incumplido sea intuito personae.
- c) Cuando se haya pactado, entre fiado y beneficiario, que no habría esta substitución.
- d) Cuando resulte ya imposible el cumplimiento.

no exige a la sociedad quejosa de su deber de cumplir, puesto que precisamente cuando surge la situación de incumplimiento de uno solo de los contratantes, nace para quienes sí han cumplido, el derecho de exigir el cumplimiento del contrato. Así, tiene aplicación el principio que deriva del citado artículo 1949, a contrario sensu, de que el contratante que no cumple, no tiene derecho de exigir del otro el cumplimiento que le compete. Amparo directo 2279/76. Asesoramiento Profesional de Crédito, S.A. 3 de mayo de 1979. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: Pedro Elías Soto Lara. Octava Época. Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Mayo de 1993. Tesis: I.5o.C. 529 C. Página: 329. **EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. PROCEDENCIA DE LA OPUESTA POR EL FIADOR DEMANDADO.** De conformidad con lo previsto por el artículo 2812 del Código Civil para el Distrito Federal, aun cuando el fiador no puede oponer las excepciones que sean personales del deudor principal, por tratarse de hechos derivados del contrato principal, sino que se relacionan con la persona del referido deudor; sin embargo, debe estimarse que el citado fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal, toda vez que la obligación del mencionado fiador es accesoria de la del deudor, por lo que cualquier defensa que éste tenga, inherente a la obligación principal, aprovecha al fiador quien en consecuencia puede prevalerse de ella para oponerla al acreedor actor cuando éste pretenda que aquél cumpla por el afianzado. En esa virtud, cabe concluir que la Sala responsable indebidamente consideró que la compañía afianzadora carecía de legitimación para oponer en el presente caso la excepción de contrato no cumplido, ya que ésta no es de carácter personal del deudor, puesto que los hechos en los que se hace consistir, son inherentes a la obligación principal. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 947/93. Fianzas Monterrey, S.A. 11 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

De acuerdo a lo apuntado, dándose estos supuestos, se justificaría el derecho del beneficiario a negarse al cumplimiento sustituto.

Por mayoría de razón, de no darse ninguno de estos supuestos, el beneficiario no podrá oponerse a tal cumplimiento.

Por otro lado, insistiremos que el sujeto facultado para elegir la forma en que se realizará el cumplimiento de la obligación del fiador, no es el beneficiario; criterio que resulta de la interpretación armónica de los siguientes fundamentos.

Debemos distinguir el supuesto que comentamos, de otros casos en los que resulta imposible que el fiador opte por el cumplimiento de la obligación, bien sea porque éste resulte imposible, porque así se haya pactado en la póliza o así se haya pactado con el fiado¹⁰¹.

Conforme a ello, al ser el fiador el deudor de la obligación fiadora, es a éste a quien corresponderá la opción sobre el cumplimiento, conforme se dispone por el artículo 1963 del Código Civil Federal.

ARTICULO 1963.- En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa.

Ahora bien, sobre este punto es importante resaltar que para efectos de que opere esta prerrogativa del fiador, es importante que hubiere notificado al beneficiario de la selección de esta opción, para que éste se encuentre obligado a cumplir con el derecho que tiene el fiador para cumplir su obligación.

ARTICULO 1964.- La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada.

En cuanto a la oportunidad de la notificación, no se menciona en el Código ni en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ningún plazo para ello, sin embargo, sobre el particular habrá que realizar una interpretación armónica del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con relación a los artículos 93 y 95 de la citada Ley, para concluir que el aviso del fiador, deberá darse dentro del plazo que tiene para efecto de emitir el dictamen correspondiente o para inconformarse en contra del requerimiento de pago.

Es decir, deberá notificar su intención de sustituirse hasta antes del vencimiento del plazo para dictaminar, ya que de no hacerlo así, en reclamaciones formuladas en la vía del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no tendrá derecho a cumplir en modo diverso al pago del reclamo.

3.3.3.- LA OPOSICIÓN DEL FIADOR AL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO.

De acuerdo al contexto del artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es sólo al fiador a quien corresponde decidir si opta o no por el cumplimiento sustituto.

¹⁰¹ ARTÍCULO 1965.- El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable.

En efecto se aprecia de la norma la siguiente fórmula:

“Artículo 121.- Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso....”

Es decir, es el fiador quien podrá substituirse, resultando que la potestad es reconocida a favor del fiador, no así de las demás partes que intervienen.

De lo anterior, se desprende que el fiador no podrá ser obligado a cumplir con la obligación garantizada, ni aún cuando el fiado o el beneficiario hayan optado por tal situación.

Ello en virtud de que no pueden sus acuerdos generar obligación alguna a cargo del fiador, por ser éste ajeno a tal acuerdo de voluntades.

Sin embargo, cuando el fiador ya optó, estimamos equitativo que se obligue al fiador a cumplir con aquello que se obligó, y por ello, es que debió preverse que una vez que se hubiere optado por la substitución, corresponderá al beneficiario el derecho a exigir tal opción de cumplimiento.

3.4.- EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL FIADOR, CUANDO ESTE OPTO POR EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO y LA NECESIDAD DE UNA VIA ESPECIAL PARA QUE EL BENEFICIARIO PUEDA RECLAMAR EN FORMA EXPEDITA AL FIADOR, LOS DAÑOS Y PERJUICIO POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN.

Cuando el fiador opta por el cumplimiento sustituto, no se encuentra en la norma el derecho de éste para retractarse del cumplimiento sustituto.

De la afirmación anterior puede concluirse que el fiador que ha optado por el cumplimiento, deberá cumplir con la obligación, siendo responsable de los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de esta obligación.

En efecto, siendo congruentes con lo afirmado en párrafos anteriores, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones, una vez que ha optado por el fiador por cumplir en esta forma su obligación, debe entenderse circunscrito a esta vía de cumplimiento y por ello, inclusive deberá reconocerse al beneficiario acción para exigir del fiador, este cumplimiento en la ejecución.

Ahora bien, sobre este punto es necesario ajustar el marco legal a fin de otorgar al beneficiario acción para exigir del fiador el cumplimiento de esta obligación.

En este sentido hay que tener presente que una vez optado por el cumplimiento, los daños y perjuicios que se pudieran causar al beneficiario si el fiador no cumple podrían ser incluso mayores al importe que pudiere alcanzar el pago de la afianzadora (con motivo de las pólizas de fianza).

De ahí que sea necesario otorgar acción expedita para que pueda exigirse esta substitución o que el reclamo de daños y perjuicios al fiador que incumple la substitución resulte regulado en forma más detallada.

3.5. LA DACION EN PAGO Y ENTREGA EN FUNCIÓN DE PAGO.

Es dación en pago una forma de cumplimiento de las obligaciones, en virtud de la cual, el acreedor recibe, en pago de la obligación existente, una prestación diversa a la que se había pactado, y cuya entrega tiene los mismos efectos liberatorios que si se hubiera hecho entrega de la cosa debida.

Sobre esta figura Von Tuhr expone:

“El acreedor puede exigir o el deudor ofrecer una prestación que no sea la adeudada, cuando se les haya reconocido una facultad en ese sentido. Y lo mismo cuando el acreedor y el deudor, en el momento de hacerse efectiva la prestación, se pongan de acuerdo en que ésta recaiga sobre un objeto no adeudado...”¹⁰²

Por su parte Rojina Villegas señala:

“...La dación en pago es otra forma de extinguir las obligaciones y se presenta cuando el deudor, con el consentimiento del acreedor, le entrega a éste una cosa distinta de la debida, quien la acepta con todos los efectos legales del pago. Así definida la mencionada forma de extinción de las obligaciones, en rigor se presenta como una excepción al principio de la exactitud en la sustancia de los pagos que hemos analizado...en la dación en pago, por convenio de las partes, el deudor entrega una cosa distinta de la debida, y el acreedor consiente en que con dicha entrega quede extinguida la obligación.”

Esta figura puede aplicarse para el caso de cumplimiento por tercero o substitución, puesto que nada impide que el fiador que se substituirá en el cumplimiento de la obligación, pacte con el beneficiario la entrega de cosa distinta a la debida.

En este sentido, es importante que el legislador prevea en forma clara esta opción, ya que no puede pensarse en que el fiado se vea liberado de responsabilidades frente al fiador, por el hecho de que se hubiere entregado al beneficiario un bien distinto al comprometido por el fiado.

Esto es trascendente puesto que aún en este supuesto de dación en pago, el legislador deberá prever las reglas y procedimientos mediante los cuales el fiador deberá ser resarcido por el fiado, de todos aquellos daños y perjuicios derivados por su incumplimiento.

En este supuesto, sea mediante la acción de subrogación o sea mediante la actio in rem verso o inclusive la de reembolso, lo que deberá cuidar el legislador es que esta dación en pago no tenga ningún efecto novatorio de la obligación, ni tampoco que se entienda como liberalidad del fiador, dado que su participación se da precisamente en virtud del incumplimiento del deudor.

¹⁰² Von Tuhr, Andreas. Ob. Cit. P. 11.

3.6.- EL OFRECIMIENTO EN PAGO Y LA CONSIGNACIÓN PARA EL CASO DE MORA CREDITORI.

Al tener el fiador el derecho a cumplir con su obligación mediante la substitución, resulta al mismo tiempo la obligación del beneficiario para admitir su cumplimiento.

Esta situación no siempre puede darse, dado que la falibilidad humana invita a pensar que podrá, sin derecho, el beneficiario resistirse a recibir la prestación por parte del fiador.

A fin de resolver esta situación de incumplimiento del beneficiario o mora creditori, es que se existe una figura, que también podrá utilizar el fiador, mediante la cual se puede acudir al órgano jurisdiccional, a fin de que por medio de un procedimiento específico se ofrezca el pago y se declare cumplida la obligación.

En nuestro derecho, este procedimiento se encuentra previsto por el artículo 2098 del Código Civil Federal:

ARTÍCULO 2098.- Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa.

Este procedimiento se define por Rojina Villegas¹⁰³, de la siguiente forma:

“El ofrecimiento de pago y consignación de la cosa o cantidad debida, ocurren cuando el acreedor se rehúsa a recibir la prestación que se le adeuda o a dar el documento justificativo del pago.”

La finalidad buscada es que pueda el fiador obtener una resolución que declare que la obligación a su cargo se encuentra extinguida, puesto que hará las veces de pago, conforme se dispone por los artículos 2097 y 2098 del Código Civil Federal.

ARTÍCULO 2097.- El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley.

ARTICULO 2,102.- Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos.

También valdría la pena resaltar que respecto de los gastos originados por el trámite de este procedimiento, el legislado ha previsto lo siguiente:

ARTÍCULO 2,103.- Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor.

Finalmente, sólo restaría comentar en este apartado que si bien es cierto es dable realizar el ofrecimiento en pago y la consignación, tal procedimiento se complica cuando las prestaciones consisten en bienes distintos al dinero, es decir, cuando consisten en un edificio, una casa, mercancía u otros inmuebles.

¹⁰³ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Obligaciones II. P. 275.

Lo anterior por razón de que los Tribunales, cuando la consignación se refiere a este tipo de bienes, no la estiman viable, más que nada por razones de guarda y custodia, de ahí que en estos casos, tratándose de bienes muebles susceptibles de trasladarse, lo que se sugiere es depositarlos ante un Almacén General de Depósito y depositar ante la autoridad jurisdiccional competente el correspondiente Certificado de Depósito, con su Bono de Prenda anexo.

Por otro lado, cuando se traten de bienes raíces u obras sobre los mismos, será necesario realizar la consignación, con la previa visita del funcionario judicial facultado para que certifique la existencia y estado de los bienes.

3.7.- CONSIDERACIONES ADICIONALES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SUSTITUCION.

3.7.1.- EL AVISO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Cuando se formula el reclamo de la póliza, el fiador deberá dar aviso al fiado de la existencia del reclamo, para que éste, haga del conocimiento del fiador de todas las excepciones que tuviere en contra del reclamo, así mismo, para que proporcione las pruebas que tenga de ello.

Se transcribe el artículo en cita para mejor comprensión:

“Artículo 118 Bis.- Cuando las instituciones de fianzas reciban la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contra fiadores...

Por su parte, el fiado, solicitante, obligados solidario y contra fiadores, estarán obligados a proporcionar a la afianzadora oportunamente todos los elementos y documentación que sean necesarios para determinar la procedencia y, en su caso, la cuantificación de la reclamación o bien su improcedencia, incluyéndose en este caso las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza.

Asimismo, cuando se considere que la reclamación es total o parcialmente procedente, tendrán la obligación de proveer a la institución de fianzas, las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.

En caso de que la afianzadora no reciba los elementos y la documentación o los pagos parciales a que se refiere el párrafo anterior, podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario y, en este caso, el fiado, solicitante, obligados solidarios o contra fiadores, estarán obligados a rembolsar a la institución de fianzas lo que a ésta le corresponda en los términos del contrato respectivo o de esta Ley, sin que pueda oponerse a la institución fiadora, las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor, incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del Código Civil para el Distrito Federal y los correlativos de los estados de la República...”

Este aviso, deberá darse, aún en aquellos casos en los que el fiador opte por cumplir con la obligación, puesto que si no da oportunidad al fiado para que haga de su conocimiento las excepciones y pruebas que tuviere, correría el riesgo que al promover el reembolso o las

acciones derivadas de la subrogación, el fiado le pudiere oponer las excepciones que hubiere tenido frente al beneficiario de la póliza.

Ahora bien, si se dio el aviso y el fiado no aportó elemento alguno de convicción, conforme al citado artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podrá el fiador disponer libremente si opta por cumplir con la obligación del fiado o si paga el importe reclamado (sin que pueda oponerse posteriormente por el fiado excepción alguna).

De acuerdo a lo anterior, de no darse el aviso correspondiente, el fiador corre el riesgo de ver obstaculizada la gestión de recuperación, en virtud de que podrá oponer el fiado, aún en el caso de sustitución, las excepciones que tuviere en contra del acreedor.

De lo anterior se concluye que si bien es cierto el ejercicio de este derecho a la sustitución lo tiene el fiador, el fiado puede influir en su decisión puesto que las pruebas y elementos que le aporte, resultarán vinculantes al dictamen de procedencia que llegue a emitir el fiador y a la conclusión de la viabilidad de la sustitución.

De no tomarse en cuenta por el fiador estas excepciones y pruebas, incurriría en una sustitución indebida, respecto de la cual, el fiado podría oponerse al reembolso de las cantidades que se le reclamen.

3.7.2.- DEBERÁ EXISTIR UN DICTÁMEN DE PROCEDENCIA Y SUSTITUCIÓN?

No se establece en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ningún requisito impuesto al ejercicio de la opción del fiador.

Sin embargo, se impone la necesidad de que quede constancia fehaciente de que optó el fiador por el cumplimiento sustituto, en virtud de que el reclamo fue procedente y solicitará el acceso a los lugares y demás documentos necesarios a fin de poder cumplir con la obligación incumplida.

Esto implicará que no existían ni excepciones personales del fiador, ni tampoco excepciones del fiado que hacer valer.

3.7.3.-¿PODRÁ Oponerse al fiador la indebida sustitución en virtud de existir excepciones del fiado?

Del texto del artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se desprenden los siguientes supuestos:

(i) El primero relacionado con las relaciones entre fiado y fiador, que se aprecia en los primeros cuatro párrafos del artículo en cita.

(ii) El segundo supuesto se relaciona con el vínculo jurídico que se estableció entre el fiado y el beneficiario, cuando al fiador no le sean oponibles las excepciones que tuvieran respecto de la obligación principal y que se contiene en el penúltimo párrafo del artículo en cita¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Artículo 118 Bis.- ...

Conforme a las distinciones anteriores, se puede concluir, que respecto del inciso (i), el fiado podrá oponer al fiador las excepciones que tuviere para con el beneficiario, y por tanto, serán oponibles las excepciones al fiador, cuando el fiado haya cumplido con la carga de notificar al fiador de todas las excepciones que tuviere en contra del beneficiario de la fianza.

Lo anterior, en virtud de que este aviso, hará que el fiador se encuentre impedido a decidir libremente.

Obviamente esto no implica por sí mismo que el fiador tenga que abstenerse de cumplir (como no necesariamente implica que se declare procedente el reclamo), ya que lo procedente en este supuesto es que el fiador valore y decida, considerando estas excepciones si a su juicio dictamina procedente y cumple, o si dictamina improcedente y no cumple.

Tal criterio es apoyado por Nieves Bayo, que señala:

“En cuanto a la acción de reembolso se discute si cabe que el deudor pueda oponer posibles excepciones, a favor de su persona, que existían en el momento del pago, y el solvens no había alegado a su debido tiempo. Sobre esta cuestión, la doctrina se mueve en dos direcciones principalmente. La primera entiende que en el derecho de reembolso el tercero no quedará sujeto a ningún tipo de excepción que pudiera alegar el deudor. Por su parte la segunda opinión, considera que cuando intervenga culpa del solvens al pagar, en el sentido de pagar más cantidad de lo que se debía, por no haber opuesto la debida excepción, él deberá responder del exceso pagado...Por el contrario, para...Diez-Picazo resulta difícil exigir al tercero que toma la iniciativa de pagar, una investigación profunda sobre si existía alguna excepción que oponer. Por ello, la oponibilidad de excepciones derivadas del crédito, frente a la acción de reembolso, es algo que sólo será posible en el supuesto que la actuación del tercero deba reconocerse como especialmente fraudulenta.”¹⁰⁵

3.7.4.- ACCIONES DEL FIADOR FRENTE AL DEUDOR, EN VIRTUD DE LA SUBSTITUCIÓN.

Por su propia naturaleza, la fianza opera “...sobre la base de la recuperabilidad de las sumas que se garanticen, por esa razón la Ley Federal de Instituciones de Fianzas exige a las afianzadoras ‘tener suficientemente garantizada la recuperación, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de sus pólizas’”.¹⁰⁶

Es decir, cualquier importe que resulte pagado por parte del fiador, deberá intentarse recuperarse, dado que su operación no está basada en índices actuariales basados en la

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente a su acreedor para demandar la improcedencia del pago hecho por la afianzadora de los daños y perjuicios que con ese motivo le hubieren causado. Cuando los que hubieren hecho el pago a la afianzadora fueren el solicitante o los obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho convinieren en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor que como beneficiario de la fianza la hizo efectiva...”

¹⁰⁵ Nieves Bayo. Ob. Cit. P.262.

¹⁰⁶ Concha Malo, Ramón. Ob. Cit. P. 94.

siniestralidad, sino en el efectivo reembolso de las cantidades que se lleguen a pagar en virtud del incumplimiento en que incurrió el fiado.

Derivado de lo anterior es que en la ley de fianzas, se reconoce el derecho del fiador para obtener la restitución de las cantidades pagadas, conforme a las siguientes vías:

- a) La vía del artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas¹⁰⁷, en virtud de la cual, se reconoce el derecho del fiador para sustituirse en los privilegios y derechos del beneficiario, una vez pagada la reclamación. Esta subrogación, tiene como finalidad que el fiador pueda ejercer los derechos del acreedor para recuperar los importes que debía el fiado al acreedor beneficiario.
- b) La vía del artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas¹⁰⁸, en virtud del cual se otorga a la institución de fianzas ejecución hasta por el importe pagado y sus accesorios, a fin de obtener el reembolso correspondiente.
- c) La vía del artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas¹⁰⁹, en virtud de la cual, se otorga a la institución de fianzas, ejecución sumarisima hasta por el importe pagado y sus accesorios, a fin de obtener el reembolso de las cantidades pagadas.

Al respecto, es de resaltar que en la Teoría General de las Obligaciones, se reconoce a favor del tercero que paga, la existencia de diversos efectos respecto de los pagos efectuados, conforme a lo siguiente:

“.....La doctrina coincide en considerar como efecto del pago del tercero –en cuanto a las relaciones entre el deudor y el solvens se refiere- el ejercicio de medios tendientes a reintegrar el desembolso que se hizo por aquél (deudor), considerando como tales el derecho de reembolso, la actio in rem verso, y el ejercicio de las acciones de que

¹⁰⁷ “Artículo 122.- El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianzas, es impedido o le resulta imposible la subrogación.”

¹⁰⁸ El citado artículo prevé lo siguiente:

Artículo 96.- El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios.

La certificación a que se refiere el párrafo anterior, hará fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario.

¹⁰⁹ El citado artículo prevé lo siguiente:

Artículo 98.- ...

Cuando durante la substanciación del procedimiento a que se refiere este artículo, la afianzadora haga pago de la reclamación con cargo a la fianza o fianzas por las que se promovió el mismo y en su caso, se decrete la medida precautoria aquí prevista, la institución fiadora podrá elegir cualquiera de los procedimientos de recuperación establecidos en esta Ley o bien, si el juicio no ha sido concluido, dentro del mismo podrá acogerse al procedimiento señalado en el siguiente párrafo.

La afianzadora informará al juez sobre el pago efectuado y sin mayores formalidades, demandará el reembolso de lo pagado y sus accesorios al fiado o a los obligados solidarios que hayan sido demandados y embargados en su caso, acompañando las copias necesarias para traslado, así como la certificación del adeudo a que se refiere el artículo 96 de esta Ley y solicitará que se declare que el embargo precautorio adquiera el carácter de definitivo, por el monto pagado y sus accesorios....”

era titular el anterior acreedor a través de la figura de la subrogación del solvens en su posición....”¹¹⁰

Es decir, no a todo cumplimiento por parte de un tercero, corresponderá la acción de reembolso, sino que se prevén tres opciones fundamentales: el reembolso, la subrogación y la repetición¹¹¹:

a) Podrán ejercitarse las acciones de que era titular el acreedor, a través de la figura de la **subrogación** del solvens en los derechos de crédito del acreedor satisfecho, con todos sus accesorios y garantías.

b) El **derecho de reembolso** es el que permite al solvens reclamar del deudor lo que haya pagado. El crédito del solvens es el equivalente de la prestación realizada.

c) La **acción in rem verso** posibilita al solvens reclamar del deudor, no el importe de lo pagado, sino la medida del valor en que el pago haya sido útil al deudor y éste se haya enriquecido con él.”

Por su parte, Nieves Bayo¹¹² expone al tratar de distinguir entre los diversos tipos de cumplimiento del tercero y su efecto:

“....reconocen tres posibles acciones que puede ejercitar el solvens, las cuales son: la de reembolso, la de repetición y la subrogatoria, cada una con sus características particulares.”

Inclusive, el autor en cita llega a clasificar, los casos en que procederá una y en los que procederá la otra:¹¹³

1° Acción de reembolso, cuando paga un tercero no interesado, ignorándolo el deudor...

2° Acción de reembolso, cuando paga un tercero interesado indirectamente en el cumplimiento de la obligación, ya la conozca y lo apruebe o lo ignore el deudor...

3° Acción de repetición por la utilidad producida cuando paga un no interesado o un interesado indirectamente en el cumplimiento de la obligación, contra la expresa voluntad del deudor...

4° Subrogación cuando paga un tercero interesado directamente en la obligación, tanto si el deudor aprueba el pago, como si lo ignora o se manifiesta en contrario...

5° Subrogación cuando paga un tercero interesado directamente en la obligación, tanto si el deudor aprueba el pago, como si lo ignora o se manifiesta en contrario...

¹¹⁰ Tur Faundez, Maria Nelida. Ob. Cit. P. 28

¹¹¹ Idem.

¹¹² Bayo Recuero, Nieves. Ob. Cit. P. 250.

¹¹³ Ibidem. P. 254.

6° Subrogación convencional, en todos aquellos casos donde por convenio el tercero y el acreedor acuden a este efecto, aun cuando la ley asigne otro efecto o consecuencia al pago....”

Conforme a ello, es importante resaltar que tratándose de la operación de una Institución de Fianzas, por la descripción de los supuestos, el legislador ha previsto que las opciones existentes para restituir al fiador de las cantidades pagadas, son la acción de reembolso (prevista por el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) y la de subrogación (prevista por el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

De lo anterior se concluye que no será necesario el ejercicio de la actio in rem verso, puesto que el pago realizado por el fiador, aún cuando sea en contra de la voluntad del deudor-fiado, dará lugar a la subrogación a favor del fiador.

La acción de reembolso, “...se caracteriza, a diferencia de la subrogación, porque se trata de un crédito nuevo y distinto de aquél que tenía el acreedor primitivo, el cual nace a favor del solvens en el momento del pago, porque con el cumplimiento del tercero se extingue la anterior obligación. De ahí que no goce de los derechos accesorios del primer crédito que se extinguen...con el pago. La cuantía, que mediante esta acción puede reclamar el solvens, se limita a la cantidad desembolsada por él, aunque el importe de la deuda fuera superior....”¹¹⁴

Por la acción de subrogación “...el tercero se coloca en la posición acreedora que tenía el anterior accipiens. Por ello al subsistir la misma relación obligatoria, se transfieren al subrogado ‘el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas....”¹¹⁵

En conclusión, esta recuperabilidad, es en sí la consecuencia de la actualización de la obligación fiadora que se cumple pagando el importe del reclamo, sin embargo, a nuestro modo de ver el legislador no ha previsto en forma clara, los derechos de las Instituciones de Fianzas, para el caso en que se opte por la substitución.

Lo anterior puesto que a nuestro modo de ver existen dos situaciones que no se subsumen en el supuesto de los artículos 96, 98 y 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

- a) La primera, se hace consistir en que el legislador debió prever tanto en los artículos 96, 98 y 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la forma en que el fiador podrá reclamar del deudor el pago de los importes pagados a proveedores y contratistas, y que no hayan sido pagados por el beneficiario, por haberse ya pagado al fiado o por no haber sido pactados con él al celebrarse el contrato (pero que se hayan requerido esos servicios para dar debido cumplimiento a la obligación incumplida por el fiado).
- b) La segunda, se hace consistir en que el legislador debió prever tanto en los artículos 96, 98 y 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la forma en que el fiador podría reclamar del deudor el pago de los daños y perjuicios causados con motivo del cumplimiento substituto.

¹¹⁴ Ibidem. P. 262.

¹¹⁵ Ibidem.. P. 263.

Puntualizando estas observaciones tendríamos que:

A) Tratándose de la substitución en obligaciones garantizadas de dar.

El dar puede consistir en cosas, dentro de las cuales puede incluirse el dinero u otros objetos o cosas.

Tratándose del dinero, estimamos que los supuestos previstos por las vías de reembolso pudieran ser suficientes para efecto de permitir al fiador resarcirse de aquellas cantidades pagadas, por tanto los artículos 96, 98 y 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se estiman debidamente redactados para este supuesto.

Por el contrario, tratándose de otros objetos diversos al dinero, las normas que regulan las vías de reembolso resultan insuficientes, dado que textualmente, tanto los artículos 96 y 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevén que se despachara la ejecución para el cobro de las cantidades pagadas:

“Artículo 96.-la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente....”

“Artículo 98.- ...Cuando durante la substanciación del procedimiento a que se refiere este artículo, la afianzadora haga pago de la reclamación con cargo a la fianza o fianzas por las que se promovió el mismo y en su caso, se decrete la medida precautoria aquí prevista, la institución fiadora podrá elegir cualquiera de los procedimientos de recuperación establecidos en esta Ley o bien, si el juicio no ha sido concluido, dentro del mismo podrá acogerse al procedimiento señalado en el siguiente párrafo.

La afianzadora informará al juez sobre el pago efectuado y sin mayores formalidades, demandará el reembolso de lo pagado y sus accesorios al fiado o a los obligados solidarios que hayan sido demandados y embargados en su caso, acompañando las copias necesarias para traslado, así como la certificación del adeudo a que se refiere el artículo 96 de esta Ley y solicitará que se declare que el embargo precautorio adquiera el carácter de definitivo, por el monto pagado y sus accesorios.”

Ahora bien, en el caso no toda la pérdida del fiador puede deberse a pagos realizados al beneficiario, ya que como se comentaba pueden existir: (i) pérdida por trabajos previamente pagados al beneficiario que tuvo que volver a realizar el fiador; (ii) Pagos realizados por el fiado y no cubiertos por el beneficiario y (iii) Pagos a proveedores o contratistas que se tuvieron que realizar por el fiador para el cumplimiento de la obligación y que no fueron cubiertos por el beneficiario.

Sobre estos puntos es importante prever una reforma que permita que las Instituciones de Fianza, también tengan acceso al reembolso de estos importes.

Inclusive, la reforma debería darse de modo tal que de la misma forma en que se certifica actualmente que la Institución pagó al beneficiario, debería preverse que las Instituciones, por conducto de las personas facultadas, pagaron a proveedores o contratistas, en virtud de la substitución o que tuvieron determinada pérdida, con motivo del cumplimiento substituto.

Estas reformas facilitarían los procedimientos de recuperación y con ello motivarían el uso de la figura de la substitución.

3.8.- EL CUMPLIMIENTO SUBSTITUTO EN LOS CASOS DE ORDEN JUDICIAL DE NO PAGO O POR CONCURSO DEL FIADO O DEL BENEFICIARIO.

En este apartado se analizarían aquellos supuestos en los que existiendo la posibilidad de que el fiador cumpla con la obligación garantizada, y sin embargo se presentaran alguno de las dos hipótesis mencionadas:

A) El primero relacionado con el aviso judicial de no pago formulado al fiado, que pudiere haberse emitido por alguna autoridad.

En este supuesto, los componentes son:

Tendremos un deudor que no puede pagar, en virtud de existir orden judicial que se lo prohíbe.

Tenemos un acreedor que no tiene impedimento para cobrar y que válidamente puede recibir el pago.

Por otro lado, existe norma expresa que prescribe:

ARTÍCULO 2077.- No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

En estas condiciones, tendríamos que distinguir:

Si el deudor hizo del conocimiento del fiador el impedimento que tenía para pagar, no podrá exigirse al deudor este pago, puesto que para él, el mismo no será liberatorio y si pagó el fiador, lo hizo a pesar de que la obligación no le era exigible al deudor, constituyendo pues, un pago de lo indebido no oponible al fiado.

Si el deudor no hizo del conocimiento del fiador el impedimento que tenía para pagar, sí podrá exigirse al deudor este pago, puesto que aún y cuando para él, el pago no sea liberatorio, el fiador podía decidir libremente el pago, en virtud de la falta de información para el fiador (conforme al 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), en tal virtud, el fiado conservará las excepciones de pago indebido sólo respecto del beneficiario, no respecto del fiador.

B) El supuesto anterior se distingue de aquél en el que directamente el fiador, ha recibido notificación de autoridad judicial competente que le prohíbe realizar el pago, en esta hipótesis igualmente se aplica el artículo 2077 del Código Civil Federal, y en consecuencia, el pago realizado por el fiador, en estas condiciones no será liberatorio de sus responsabilidades frente a quien resulte titular del derecho controvertido.

Este último supuesto se puede presentar en los casos en los que se hubiere embargado el derecho del beneficiario, tanto el principal como el accesorio, y en virtud de ello, ni el fiador ni el deudor podrán realizar pago liberatorio.

También se puede presentar en aquellos casos en los que la orden de no pago derive de controversia planteada entre fiado y beneficiario.

C) Este apartado se menciona en el punto anterior, sin embargo por considerarlo importante se tratará de explicar con mayor detalle.

¿Qué ocurre en aquellos casos en los que el beneficiario, que tiene un derecho respecto de una obligación afianzada, se ve afectado en su derecho de cobro, en virtud de embargo de autoridad judicial?

En este sentido, conforme se dispone por el artículo 2077 del Código Civil Federal, deberá el fiado retener el pago del adeudo.

ARTICULO 2077.- No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

De acuerdo a lo anterior, ¿El fiador deberá realizar el pago al beneficiario o deberá retener éste?

Conforme a la norma citada, el fiador tendrá derecho para oponerse a realizar el pago, puesto que de conformidad por lo dispuesto por el artículo 2077 del Código Civil Federal, el pago realizado en estas condiciones no será liberatorio de sus responsabilidades frente al que se le reconozca el derecho de crédito.

Esto aplica, tanto al pago del importe reclamado con cargo a la póliza, como al pretendido cumplimiento mediante la substitución.

¿Podrá ser obligada a pagar la afianzadora a un tercero que acredite haberse adjudicado el derecho a exigir el cumplimiento que tenía el beneficiario?

El deudor tiene la obligación de realizar el pago, a quien sea el legítimo titular del derecho; por tanto, y en virtud del principio de accesoriedad, el fiador tendrá también la obligación de pagar a quien sea el legítimo titular.

En tal virtud, si un tercero deviene en titular, sea por cesión, por adjudicación o por cualquier causa de transmisión de obligaciones, tanto el fiador como el fiado, deberán realizar el respectivo pago a este tercero, nuevo titular del derecho.

¿Incurrirá en mora el fiador en este supuesto?

De haber recibido orden judicial para retener, el fiador no podrá incurrir en mora, puesto que la mora parte de la premisa de que el pago sí debe realizarse, de que la obligación es exigible.

Por tanto, al existir la orden que ordena la retención, no resulta exigible el adeudo.

D) También tratándose de procedimientos concursales existen normas en la Ley de Concursos, que definen las consecuencias de este procedimiento y respecto de los cuales resaltaríamos:

"Artículo 25.- El acreedor que demande la declaración de concurso mercantil de un Comerciante, podrá solicitar al juez la adopción de providencias precautorias o, en su caso, la modificación de las que se hubieren adoptado. La constitución, modificación o levantamiento de dichas providencias se regirán por lo dispuesto al efecto en el Código de Comercio."

"Artículo 43.- La sentencia de declaración de concurso mercantil, contendrá:...

...

VIII. La orden al Comerciante de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil; salvo los que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, respecto de los cuales deberá informar al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de efectuados;"

Ahora bien, también habría que distinguir dos supuestos:

(i) El concurso del fiado.-

En este se han expuesto dos corrientes:

- a) La primera inclinada a considerar que el concurso del fiado genera una excepción a favor del fiador y en virtud de la cual, la obligación garantizada no resulta exigible, por tanto el fiador se encuentra impedido a pagar.

Han llegado inclusive a afirmar que este evento genera una excepción tal que de realizarse el pago por el fiador, el mismo sería improcedente.

Sin embargo, a esta se le hace la crítica de que si bien es cierto existe el impedimento del deudor para pagar, no tiene tal impedimento el fiador para recibir y por ello, el pago realizado por algún tercero, con o sin interés, puede ser válidamente recibido.

Los que defienden esta tesis señalan que de realizarse el pago, por parte del fiador o por parte de cualquier interesado, el efecto sería el de subrogarse en los derechos del acreedor para hacerlos valer frente al deudor y frente a otros acreedores, dentro del procedimiento del concurso.

- b) La segunda inclinada a considerar que el concurso del fiado no genera esta excepción, ya que la orden de no pago en el concurso deriva en virtud de un privilegio personal del deudor.

Es decir, el fiado puede válidamente pagar, sin que ello obste para que pueda recuperar, como le correspondería a cualquier acreedor en el concurso correspondiente.

Se ha criticado esta postura en virtud de que tiene una aparente contradicción con el principio de accesoriedad, en virtud de la cual, el fiador paga, aún y cuando no le resulta exigible al fiado el adeudo, y por ello, el fiador que realiza un pago en estas condiciones incurre en un pago indebido.

En una opinión personal, consideramos que la segunda hipótesis es la viable, dado que finalmente, no tiene el beneficiario de una póliza de fianza que sufrir las ingratitudes de un procedimiento concursal, cuando de su parte tiene garantizado su crédito por parte de un tercero (fiador) que no es parte ni le surten efectos las ventajas del procedimiento concursal. Por otro lado, también por razón de que su crédito no se encuentra garantizado con los bienes del deudor, sino de un tercero, y por lo mismo estos recursos no están a disposición de los demás acreedores y por ello, de realizarse el pago por el fiador no se estaría violando el principio "par conditio creditorum", en virtud del cual, los acreedores deben ser tratados en igualdad de circunstancias.

Lo anterior, en virtud de que sólo el beneficiario tiene derecho a exigir al fiador que responda de su obligación y sólo frente a él, los demás acreedores no.

El importe de la fianza, no pasa a formar parte de los bienes de la masa, es decir, conserva su propia identidad, puesto que estos bienes forman parte del patrimonio del fiador.

(ii) El concurso del beneficiario.-

En este supuesto se estima que no se genera ningún impedimento para que el fiador cumpla con sus obligaciones, dado que en su caso, lo que justifica al concurso es precisamente que no se vea favorecido algún acreedor en perjuicio de otro.

Si el concurso es del beneficiario, el legislador no ha estimado que puedan los deudores dejar de pagar sus adeudos al acreedor, puesto que esto precisamente pudiera significar la diferencia entre el seguimiento del procedimiento de concurso y su levantamiento.

Por tanto, y a fin de que la masa se robustezca y permita de mejor manera responder frente a los acreedores del beneficiario, es que consideramos que no debe impactar, en el cumplimiento sustituto, el hecho de que el beneficiario se encuentre en concurso.

3.9.- PAGO DEL FIADOR A UN SUJETO QUE NO ES ACREEDOR DEL FIADO. ERROR EN LA EXISTENCIA DEL ADEUDO.

En el caso de que el fiador pague en forma substituta la obligación, y de este cumplimiento se viera favorecido un tercero presuntamente titular del derecho, ¿el pago tendrá efectos liberatorios para el fiador y para el fiado?

Conforme se dispone por el artículo 2076 del Código Civil Federal, cuando el fiador paga a un tercero, en virtud de estar éste en posesión del título que lo legitima a exigir del deudor el adeudo, se presumirá válido el pago y tendrá plenos efectos liberatorios.

ARTICULO 2,076.- El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito, liberará al deudor.

Ahora bien, estos efectos liberatorios se darán tanto respecto del fiado como del fiador.

3.10.- OPOSICIÓN DEL FIADOR AL BENEFICIARIO, DE LAS EXCEPCIONES DEL DEUDOR.

En la valoración de la sustitución, puede el fiador oponer al beneficiario todas las excepciones que tuviere en su contra el deudor principal.

Tal afirmación se formula al tenor del artículo 2812 del Código Civil Federal y 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

“ARTÍCULO 2812.- El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor.”

“Artículo 118 Bis.- ...

La institución de fianzas en todo momento tendrá derecho a oponer al beneficiario la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella.”

En tal virtud, el fiador deberá pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de reclamo.

Si el resultado del dictamen es la improcedencia, no podrá ser obligado el fiador ni a cumplir substitutivamente ni tampoco a realizar pago alguno con cargo a la fianza.

Lo anterior se entiende dado que el fiador participa como un tercero interesado, sólo en la medida de la procedencia del reclamo.

Por otro lado, si no se tienen excepciones o las que se tienen no afectan la exigibilidad de la obligación fiadora, el fiador deberá cumplir con la obligación, mediante el pago del reclamo o mediante la sustitución en el cumplimiento, lo que a su juicio resulte más conveniente y siempre que la naturaleza de la obligación garantizada admita esta sustitución.

CONCLUSIONES RESPECTO DE LA SUBSTITUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

- a) Es una de las modalidades del pago por tercero, que legitima a una Institución de Fianzas y en virtud de un interés jurídico propio derivado de la emisión de una póliza de fianza, para optar por cumplir, dentro de los plazos que resulten suficientes para el tipo de obligación incumplida y cumpliendo las especificaciones pactadas por el fiado con el beneficiario, aquellas obligaciones directamente relacionadas con la obligación garantizada y cuyo objeto haya sido un dar o un hacer, en el caso de incumplimiento no esencial a las mismas, mediante la satisfacción de la prestación debida, por sí o constituyendo fideicomiso, y sin que tenga lugar la substitución del fiador, en la personalidad del deudor.
- b) La substitución del fiador en el cumplimiento de la obligación, no constituye una especie distinta al pago por tercero previsto por los artículos 2066 al 2068 del Código Civil Federal, por tanto, mientras no exista una regulación más específica le resultarán aplicables estos artículos en forma supletoria, incluyendo los demás que se refieren al pago por tercero.
- c) La amplitud de los derechos de este pago por tercero, se reconoce en atención a que el legislador pretendió privilegiar al fiador para que éste pudiera de esta forma cumplir en forma más eficiente su operación.
- d) En virtud de este privilegio, sin substituir a la personalidad del deudor, se faculta al fiador para cumplir la prestación debida por su fiado, y en su caso el beneficiario tendrá la obligación de recibir éste.
- e) Es un derecho optativo para el fiador, por lo que no podrá ser obligado a substituirse; sin embargo, una vez que optó el fiador por la substitución, deberá responder al beneficiario de los daños y perjuicios que resulten de su incumplimiento.
- f) Derivado de lo anterior, debe reconocerse el derecho del fiador para exigir del beneficiario el pago de las contraprestaciones que a favor del fiador pudieren derivar del cumplimiento substituto.
- g) El pago realizado por el beneficiario al fiador, en éstos términos debe entenderse liberatorio de las responsabilidades del fiador y del beneficiario frente al fiado y al fiador.
- h) Se entiende implícito en el concepto la necesidad de que los términos y condiciones a los que se sujetará el fiador, deberán ser distintos a los que corresponda al fiado, dado que de ser lo contrario, no tendría razón alguna la existencia de este derecho, por tanto, los plazos de que dispondrá deberán ajustarse a esta realidad.
- i) Por lo que se refiere al objeto de la obligación, el fiador deberá cumplir la misma en sus términos.
- j) Es legalmente válido cumplir en forma substituta la obligación garantizada, sin embargo, se hace necesario contar con leyes que en forma más detallada describan los derechos que cada una de las partes tendrán.
- k) Deberá reconocerse en la legislación el derecho del fiador para exigir del fiado, no sólo los importes pagados al beneficiario, sino los importes que haya tenido que invertir el fiador

para cumplir con la obligación, así como aquellos daños y perjuicios que se causen con motivo de la substitución.

l) La substitución no constituye una violación al “pactas sunt servanda” aún cuando implique que el fiador cumpla con su obligación en forma distinta a la prevista en la póliza, ya que la cláusula de la substitución es una cláusula natural que se entiende implícita en la póliza de fianza.

m) El fiador, al tener el derecho a cumplir, podrá acudir a la figura del ofrecimiento en pago y consignación, a fin de que se declare por autoridad judicial competente que se ha cumplido con la obligación.

n) La figura tiene potencial, si se considera que por sí misma puede generar recursos para reducir las consecuencias del incumplimiento, así como el quebranto que sufre el fiador, sin embargo, para que llegue a este punto es importante que en la legislación se prevean las normas que eliminen las lagunas y contradicciones que a la fecha existen y que se mencionan a lo largo de la investigación.

BIBLIOGRAFIA.

LEGISLACION.

Código Civil Federal. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Código de Comercio. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley de Amparo. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley de Concursos. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Consultada en la pagina Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LIBROS.

Bayo Recuero, Nieves. EL PAGO DEL TERCERO. DIJUSA Editorial. Madrid, España. 2000. 370 p.

Borja Soriano, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. 10a. Ed. México, D.F. 1985. 732 p.

Concha Malo, Ramón. LA FIANZA EN MEXICO. Futura Editores. México, D.F. 1988. 247 p.

Coviello, Nicolás. DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO CIVIL. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, D.F. 2003. 628 p.

De Pina, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México, D.F. 1985. 512 p.

Díaz Bravo, Arturo. CONTRATOS MERCANTILES. Ed. Oxford. 7a. Ed. México, D.F. 2002. 357 p.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Tomo 9. 22ª. Edición. P. 1436.

- Farina, Juan M. CONTRATOS MERCANTILES MODERNOS. Editorial Astrea. 2a. Ed. Buenos Aires, Argentina. 1999. 830 p.
- García Mendieta, Carmen. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo IV. Editorial Porrúa. México. 2002. 1070 p.
- Gaudemet, Eugene. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. 2a. Ed. México, D.F. 1984. 534 p.
- Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. 9a. Ed. México, D.F. 1993. 1175 p.
- Hernández Moreno, Alfonso. EL PAGO DEL TERCERO. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1983. 272 p.
- López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo II. "CESION DE CREDITOS". Editorial Porrúa. México, 2002. 726 p.
- López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo III. "EVICCIÓN". Editorial Porrúa. México, 2002. 879 p.
- López Monroy, José de Jesús. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo VI. "SUBROGACIÓN". Editorial Porrúa. México, 2002. 574 p.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. TRATADO DE LOS CONTRATOS. Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. 2000. 767 p.
- Lozano Noriega, Francisco. CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. 6a. Ed. México, D.F. 1994. 531 p.
- Navas Navarro, Susana. EL INCUMPLIMIENTO NO ESENCIAL DE LA OBLIGACIÓN. Editorial Reus. Madrid, España. 2004. 381 p.
- Planiol, Marcel. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Las obligaciones (segunda parte). Tomo VII. México, D.F. 2002. 1002 p.
- Planiol, Marcelo. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Las obligaciones (primera parte). Tomo VI. México, D.F. 2002. 1045 p.
- Pothier, Robert Joseph. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, D.F. 2003. 573 p.
- Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Editorial Porrúa. 6a. Ed. Tomo VI. Contratos II. México, D.F. 1997. 743 p.
- Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Editorial Porrúa. 6a. Ed. Tomo V. Obligaciones II. México, D.F. 1997. 736 p.

- Ruiz Rueda, Luis. FIANZA DE EMPRESA. Imprenta Madero. México, D.F. 1985. 228 p.
- Sánchez Cordero Dávila, Jorge. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 2002. 415 p.
- Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1991. 616 p.
- Tur Faundez, Maria Nelida. EL DERECHO DE REEMBOLSO. Editorial General de Derecho. Valencia, España. 1996. 278 p.
- Vázquez del Mercado, Hector. CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Porrúa. 5a. Ed. México, D.F. 1994. 587 p.
- Villegas, Carlos Gilberto. LAS GARANTIAS DEL CREDITO. Rubinzal-Culzoni Editores. 2a. Ed. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. 1998. 430 p.
- Von Thur, Andreas. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tomo I. México, D.F. 2003. 335 p.

PONENCIAS.

- Pompa y Padilla, Salvador. EFECTOS JURIDICOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Segundo Congreso Nacional de Derecho de Seguros y Fianzas. Guanajuato, Gto. Noviembre de 1998. Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas, A.C.