

## FIANZA DE EMPRESA

### OBJETO DE LA PRESCRIPCION: LA ACCION O LA OBLIGACION

LUIS RUIZ RUEDA

#### ADVERTENCIA

Este artículo fue escrito en julio de 1967, cinco meses antes de la muerte de su autor, por lo que el texto del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es el que estaba en vigor en aquella época y que establecía un plazo de prescripción de dos años para las acciones derivadas del contrato de fianza de empresa, en lugar del de tres años establecido actualmente; pero por haber conservado el precepto la misma terminología y casi idéntica redacción, siguen teniendo validez los argumentos del licenciado Luis Ruiz Rueda contenidos en el trabajo inédito, que ahora publicamos y que, como advertirán los lectores, fue originalmente un alegato para un tribunal que debía resolver una controversia concreta, aunque, para publicarlo, se han suprimido los nombres de las autoridades fiscales demandadas.

1. Algunas autoridades fiscales, con una artificiosa argumentación basada en una arcaica terminología usada por el legislador mercantil, tanto en el Código de Comercio (en lo sucesivo C. de C.) como en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (en lo sucesivo L.F.I.F.) pretenden destruir la norma que establece solamente un término de prescripción, el de dos años, para los derechos nacidos del contrato de fianza de empresa y una causa especial de interrupción de la prescripción de uno solo de esos derechos. Niegan la existencia misma de todo precepto de prescripción de la *obligación* del fiador, para lo cual hacen surgir en México, una vieja controversia que hace tiempo concluyó en Europa, acerca de si la prescripción *destruía la acción solamente y no el derecho subjetivo*, protegido por ella.

2. El argumento total de su tesis es que tanto el artículo 120 de la L. F. I. F. cuanto el 1040 del C. de C. de 1889 vigente desde 1890, aunque con múltiples mutilaciones, reformas, adiciones y parches bien o mal pagados; no son aplicables a los casos que se ventilan en controversias planteadas ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y que en su gran mayoría

han sido resueltas contra el criterio que ahora sustentan algunas autoridades fiscales.

3. La inaplicabilidad de los dos textos legales, citados, es apoyada en la terminología de los mismos, que se refieren a la *prescripción de las acciones* y no a la de los *derechos subjetivos* a que tales acciones atañen, fundándose en que la *acción* es un derecho público y el *derecho subjetivo* (que implícitamente se clasifica como privado) muchas veces carece de acción; argumentación incompleta, imprecisa y que además de prestarse a provocar confusiones, no se refiere al moderno concepto de acción, en que se carga el acento con citas doctrinarias de derecho procesal, cuya *inaplicabilidad* al concepto mismo de *prescripción extintiva* hace mucho tiempo ha sido analizada, discutida y sostenida, tanto por la doctrina dominante, cuanto por la jurisprudencia de todos los países, incluyendo el nuestro, donde ni siquiera se ha mencionado, pero que se presupone indiscutiblemente en todas las resoluciones que han dirimido jurisdiccionalmente (cualquiera que sea su sentido) los conflictos sometidos a los tribunales, independientemente de que sean administrativos o judiciales.

4. Como lo que se discute no es propiamente un problema procesal, sino uno de derecho sustantivo, como es la prescripción a que se refieren tanto la L.F.I.F. cuanto el C. de C. es conveniente examinar primero la noción, el concepto mismo de prescripción y después entrar al análisis de las citas de doctrina procesal y ver si son aplicables al caso, así como otras argumentaciones que, aunque presentadas como secundarias, no se pueden dejar pasar inadvertidas como la de que la obligación accesoria de las compañías de fianzas, nacidas de sus contratos de garantía personal de obligaciones principales a favor de la administración pública federal o local, constituyen créditos fiscales que prescriben en cinco años y por tanto, cuando no se ha consumado ese plazo, subsiste la *responsabilidad* de las afianzadoras y el derecho del Fisco para hacerla efectiva.

5. *Dónde buscar el concepto de la prescripción extintiva.* No puede desaparecer éste de la L.F.I.F. ni del C. de C., ordenamientos en los cuales no hay reglamentación completa de este medio de extinción de los derechos, sino solamente se establecen diversos plazos específicos por cuyo transcurso debe operar la prescripción y producir sus efectos. En consecuencia, es ineludible acudir a la aplicación supletoria del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (en lo sucesivo C.C.D.E.) como lo previenen el artículo 2o. del Código mercantil y el 1o. del C.C.D.F., por tratarse de materia federal, como es la comercial, según el artículo 73, fracción X de la Constitución y como lo subraya el legislador en el mismo nombre de la ley que rige a las compañías afianzadoras y a sus operaciones, a la que califica de federal.

6. *Definición y concepto de la prescripción extinta en el C.C.D.F.* El artículo 1135 de este ordenamiento, dice así:

"Prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obliga-

ciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley".

Complemento de éste, es el artículo que sigue:

"Art. 1136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa."

De estos preceptos legales se desprende ya que la *prescripción negativa*, liberatoria o extintiva, es una causa de extinción de las obligaciones (entendidas éstas en el sentido de la definición justiniana: "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei. . .*") cuya naturaleza patrimonial es puesta de relieve por el legislador en el Código Civil que se viene citando, en cuyo artículo 754 la comprende entre los bienes muebles, como se ve a continuación.

"Art 754. Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

Relacionando entre sí el contenido de estos tres artículos, se puede decir que según nuestra ley sustantiva, la *prescripción es un medio de extinción de las obligaciones*, consideradas éstas sea en su aspecto pasivo (deudas) sea en su aspecto activo (*derechos de crédito*) y también las *acciones* que protegen esos derechos, cuando tienen por objeto cantidades exigibles en virtud de acción personal (caso en que son bienes muebles). Pero hay que indicar que el legislador empleó notoriamente en este caso la palabra acción, no con su sentido actual que tiene en derecho procesal, sino con su sentido arcaico, que según Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil* (traducción del licenciado Felipe de J. Tena (México, 1939, página 153 es el siguiente:

"1. Concepto tradicional de la acción.

"La teoría tradicional consideraba la acción no como un derecho independiente, sino como el mismo derecho material.

"La acción —se decía— es un momento del derecho material: es, por lo tanto, un derecho dirigido en contra del adversario, no contra el Estado."

El empleo por nuestro legislador de 1928 de la voz *acción*, con su sentido tradicional, se pone de manifiesto por la misma redacción del artículo 754 que se refiere a "*los derechos o acciones*", lo cual da a entender que el legislador entendía que cualquiera de las dos palabras tenía igual significado. Por otra parte, este artículo 754 del C.C.D.F. vigente, es una reproducción literal del 688 del Código Civil de 1884, cuando todavía en México no se conocía siquiera la doctrina que informa el derecho procesal vigente.

En consecuencia, cuando el legislador en el artículo 74 empleó la palabra *acción*, en realidad estaba refiriéndose a algo que se confundía con el mismo derecho material, según la expresión de Rocco.



7. *Redacción arcaica e impropia.* Nuestro Código y nuestra L.F.I.F., ambos ordenamientos que rigen materia federal, como es la mercantil, en sus artículos 1040 (del primero) y 120 (de la segunda) se refieren a la prescripción (negativa) de las *acciones* y no a la de los *derechos*, siguiendo la tradición secular antes señalada, que se remonta al derecho romano antiguo y que en Europa dio lugar a una vieja controversia superada ya por la doctrina, por la jurisprudencia y finalmente por la legislación misma, que ha desterrado la terminología arcaica, por impropia e inadecuada, para establecer sin lugar a dudas ni a argumentaciones sofisticadas, contrarias al mismo sentido natural de la ley, que la prescripción *determina siempre la extinción de un derecho ya que en definitiva, influye sobre el derecho y no sobre la acción*; problema éste muy debatido durante el régimen del Código Civil italiano de 1865, pero que ha sido resuelto en Italia por el nuevo de 1922 al acoger con la clara redacción de su artículo 2934, la opinión ya dominante desde la vigencia del que abrogó.

Este, en su artículo 2135 disponía que "todas las *acciones* tanto reales como personales, prescriben con el transcurso de treinta años..." con lo cual parecía sostener que la prescripción atacaba y destruía la *acción*. Así era en efecto para el derecho romano, en que a guisa de *excepción*, operaba directamente sobre la *actio*, desde el momento en que precluía toda ulterior posibilidad del actor, de *ejercitar sus razones, sus argumentos, sus derechos*. Concepto éste de *excepción* que acogieron primero los glosadores y que fue sostenido después por una doctrina moderna, a la cual se ha contrapuesto la de que "*considerando la protección judicial a que, en sustancia, tiende la acción, carácter inmanente y peculiar del derecho, observa justamente que si ya no subsiste la acción, no puede siquiera subsistir el derecho.*" (Cf. D'Avanzo, Prof. Walter, de la Universidad de Roma, *Della prescrizione*, en el *Libro della tutela dei diritti*, del comentario al Código Civil italiano de 1942, dirigido por Mariano d'Amelio, Florencia, 1943, págs. 948 y 949. Para la situación anterior al Código Civil italiano de 1942 y en relación con la opinión dominante en Italia, véase Pugliese Giuseppe, *La prescrizione estintiva*, Turín, 1924. Cap. I íntegro, págs 1 a 38. También el ya citado d'Avanzo en su monografía *La prescrizione in materia civile e commerciale*. Milán, 1940).

En suma, en México, al aplicar los artículos 120 de la L.F.I.F. y 1040 del C. de C. debe entenderse la palabra *acción*, en el sentido de derecho mueble, o sea, como dice el artículo 754 del susodicho C.C.D.F., *obligación, derecho o acción personal* que tiene por objeto cantidades de dinero.

8. *La doctrina francesa y el Código Napoleón.* Por ser el Código Civil francés el modelo que inspiró los códigos europeos después de las conquistas napoleónicas y su terminología fue adoptada en ellos y de allí pasó a los de la América Latina, tiene un particular interés recordar que el artículo 2262 del Código Napoleón expresa que "todas las *Acciones*,

tanto reales, como personales, *prescriben* en treinta años...", a pesar de lo cual, en Dalloz, *Repertoire de Droit Civil*, publicado bajo la dirección de E. Vergué y G. Ripert, Tomo IV, París, 1954, número 294, pág. 27, segunda columna se lee lo que sigue:

"294. Bajo su segundo, la prescripción es un *modo de extinción de los derechos del patrimonio*, que resulta de la falta de ejercicio de esos derechos por su titular durante cierto lapso de tiempo. *La extinción del derecho se manifiesta por la pérdida de la acción judicial, contra la cual no puede entonces ser opuesta excepción alguna.*"

Así buscan ahora los franceses, entender la vieja e inadecuada terminología de su Código Civil, considerando que siempre se refirió a extinción de derechos y no de acciones, que sólo dejaban subsistir una obligación natural.

9. *Terminología desechada en México desde 1928.* *Faltas de técnica legislativa.* Lo que hizo el legislador italiano en 1942, fue hecho también por el mexicano en el C.C.D.F. de 1928, que cambió la terminología que había perdido su razón de ser, la cual no tenía más valor "*que el de una reminiscencia de antiguos sistemas sobre pasados por milenios*", según acertadamente afirma Pugliese (ob. cit., pág. 30) y que puede aplicarse a nuestro Código de Comercio que data de 1889. Respecto a nuestra L.F.I.F. de 1950, cuando ya debía haberse conformado a la terminología del C.C.D.F. de 1928, la conservación de la secular que se refiere a la *acción*, no es sino la muestra de una falta de técnica legislativa que exige mantener en la *manifestación de un concepto único la unidad en la terminología* (Pugliese, ob. cit., pág. 30) es decir, para no incurrir en ella, se debería haber empleado ya la del C.C.D.F. de 1928 y no la arcaica y desachada del Código de Comercio de 1889.

Sin embargo, la L.F.I.F. de 1950, en su artículo 120 continúa hablando de que "*las acciones* que se deriven de la fianza, prescribirán en dos años", y con ello abre la puerta a confusiones verdaderas o no y necesariamente a buscar pretendidas interpretaciones que sólo tratan de cambiar el significado verdadero y natural de un texto legal, para hacer decir al mismo una aberración jurídica. Por lo demás, el desconocimiento de la técnica legislativa, como el que muestra la impropia terminología del antes citado artículo 120 de la L.F.I.F. no constituye un caso aislado y excepcional, sino por el contrario, es algo de lo más frecuente y que por desgracia, cada vez se hace más grave, como podría comprobarse con múltiples ejemplos, de los que sólo se pondrán éstos, a guisa de botones de muestra, a saber:

a) En el C.C.D.F. a pesar de que en sus artículos 1135 y 1136 define la prescripción negativa como medio de *liberarse de obligaciones* y el mismo concepto campea en los artículos 1137, 1140, 1142, 1159, 1160, 1161, fracciones, IV, V 1162, 1163 y 1164; en las fracciones II y III del artículo 1161 se dice que prescriben en dos años: II. La *acción de cualquier*



comerciante para cobrar el precio de los objetos vendidos a personas que no fueren revendedores... III. La *acción* de los dueños de hoteles y casa de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y la de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que ministren.

Hubiera sido sencillísimo decir *derecho* en vez de *acción* y después de emplear el artículo *el* en vez del femenino que se usó para no incurrir en falta de concordancia, pero la fuerza de la costumbre prevaleció y se deslizó en estas fracciones la voz *acción* que deliberadamente se suprimió en el resto del artículo que rige la prescripción negativa. Pero podría tener una defensa el legislador de 1928: la de que el término *acción* fue empleado en el sentido que le da el artículo 754 del C.C.D.F. que declara bienes muebles a "las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto... cantidades exigibles en virtud de acción personal". Esta explicación sería correcta, porque el artículo 754 es una de las normas que se llaman *integrativas*, puesto que contiene una definición (la de los bienes muebles por determinación de la ley) y debe por tanto, entenderse la palabra *acción* que se usa en las dos mencionadas fracciones II y III del artículo 1161, para designar el objeto de la prescripción, con el siguiente significado que le da tal definición legal que es exclusivamente de derecho sustantivo y además privado y de ninguna manera procesal. Lo mismo puede decirse respecto de la redacción del artículo 120 de la L.F.I.F.

b) En el artículo 1148 del C.C.D.F. vigente, se expresa que la Federación, el Distrito y los Territorios Federales, los Ayuntamientos y las otras personas morales "se considerarán como *particulares* para la *prescripción* de sus bienes, derechos y acciones, que sean susceptibles de *propiedad privada*" (Véase artículo 25 del C.C.D.F.)

Es manifiesto que esta redacción copiada en su segunda parte del artículo 1076 del Código de 1884, empleó indebidamente la palabra *particulares* con el sentido de *personas físicas* contraponiéndolas a las *personas morales*. Además volvió a emplear *acciones* con el mismo sentido arcaico que tan bien describió Rocco en la página 153 de su obra citada, en el párrafo ya transcrito (*supra* número 6). Esto último es obvio, puesto que se refiere a "*acciones que sean susceptibles de propiedad privada*", concepto que es imposible de hacerlo coincidir con el proceso que hoy sustenta, respecto de la noción de *acción*.

c) En el abrogado Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938, publicado el siguiente día en el Diario Oficial, se encuentra el siguiente artículo:

"36. Lo dispuesto en los dos artículos que anteceden será aplicable para que se autorice que se cubra un crédito fiscal en *pagos parciales*, en el concepto de que la falta de algunas de las *parcialidades estipuladas* determinará también la inmediata exigibilidad del adeudo insoluto."

En el actual Código Fiscal de la Federación el mismo caso es considerado en el artículo siguiente:

"20. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá conceder prórroga para el pago de los créditos fiscales o para que los mismos sean cubiertos en *parcialidades*. La prórroga o el plazo dentro del cual deben pagarse las *parcialidades*, no excederá de un año salvo que se trate de adeudos cuantiosos correspondientes a ejercicios fiscales anteriores o de situaciones excepcionales, casos en los cuales el término podrá ser hasta de tres años."

En el artículo 21 también se habla de "la autorización para pagar en *parcialidades*".

No se necesita argumentación alguna para sostener que uno de los primeros requisitos de la técnica legislativa, es emplear un lenguaje claro, apropiado y en el cual las palabras se usen con la acepción propia que les corresponde semánticamente. Sin embargo, en el caso que se presenta y que no es exclusivo del Código Fiscal de la Federación, se emplea la palabra *parcialidades* para indicar fracciones de un todo, sin haber parado mientes en las diversas acepciones que tiene la palabra *parcialidad* y que según cualquier buen diccionario, son solamente las que siguen:

"*Parcialidad*. (*de parcial*) f. Unión de algunos que se confederan para un fin, separándose del común y formando cuerpo aparte. 2. Conjunto de muchos, que componen una familia o facción separada del común. 3. Amistad, estrechez, familiaridad en el trato. 4. Designio anticipado o prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta *falta de neutralidad* o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder. 5. Ant. Sociabilidad, afabilidad en el genio, para tratar con otros y ser tratados por ellos."

No obstante el evidente error gramatical con que se emplea la palabra *parcialidades*, es obvio que al aplicar e interpretar esta legislación y alguna otra que incurre en el mismo defecto, debe entenderse el vocablo indebidamente usado como si quisiera decir *pagos parciales*, *pagos fraccionados*, pues lo contrario sería ir contra el buen sentido, contra la lógica y contra toda regla de interpretación. (Véase Ferruci Romeo, *Prescrizione estintiva* en el *Novissimo Digesto italiano*, volumen XIII, Turín, 1966, página 644, segunda columna, número tres).

10. *Derecho subjetivo y acción*. Las autoridades fiscales en algunos escritos cointraponen dos términos: el *derecho subjetivo* y la *acción*. Respecto del primero, no dan noción alguna, seguramente por suponer que es innecesaria y en cambio cuidan de hacerlo con la segunda, es decir la *acción*, respecto de la cual reproducen literalmente dos párrafos doctrinarios, uno tomado del *Derecho Procesal Civil* de Rocco y el otro de la teoría de la acción de Dos Reis. Asientan sin embargo, que es de explorado derecho la diferencia entre *acción* y *derecho subjetivo*, por que la primera pertenece al derecho público y el segundo (se sobreentiende,



aunque no lo dice) al privado y además porque existen derechos subjetivos sin acción.

La cita de Rocco, ya presupone que los derechos subjetivos son susceptibles de pertenecer tanto al derecho público como al privado (véase al respecto Pugliatti Salvatore, *Diritto pubblico e privato*, en la *Enciclopedia del diritto* Vol. XII, Giuffrè, Milán 1964, pág. 705, primera columna). Esta observación se hace, porque se declara categóricamente la contraposición entre *derecho subjetivo* (así genéricamente) y *acción*, no se advierte que en las primeras líneas de la noción de acción que da Rocco dice que ésta "pertenece a la categoría de los *derechos públicos subjetivos*", es decir, presupone una noción genérica de *derecho subjetivo*, divisible en dos especies, la de los públicos y la de los privados. Por otra parte, lógicamente habría que dar primero una noción del género *derecho subjetivo* para fundar después su bipartición y las ulteriores clasificaciones, así como la observación de que hay derechos subjetivos carentes de acción, lo que sólo podría convenir a los privados, según como se ha redactado el párrafo. Tampoco se habla de las diversas teorías acerca del *derecho subjetivo* (véase en Cicala F. B. *Il reporto giuridico*, Milán 1959, p. 57, su propia definición su mención de la de von Ihering, de la *Windscheid*, de las interpretaciones de Oertmann). No se encuentra mención alguna relativa a *derecho objetivo*. Finalmente no se explica cuáles son los derechos subjetivos que carecen de acción, ni qué importancia tenga esto en el punto a debate.

Conviene hacer notar que según Cicala "el derecho subjetivo es... el efecto jurídico necesario y al mismo tiempo, el contenido necesario de una relación jurídica". Ahora bien conforme a la vieja, pero todavía persistente definición de *obligación* del derecho justiniano, la *obligación* (o derecho de crédito) es precisamente una relación jurídica entre dos partes que se llaman, la una deudor (pasiva) y la otra acreedor (activa); relación jurídica cuyo carácter prevalentemente patrimonial hace notar Ludovico Barassi (*La Teoría generale delle obbligazioni*, Vol. I, Milán 1946, página 9) y que normalmente constituye un derecho subjetivo.

No son absolutamente concordantes como se afirma, las ideas de Rocco con las de Dos Reis: el primero considera a la acción como un *derecho subjetivo público* mientras que las del segundo más parecen colocarse dentro de la doctrina kelseniana que niega la existencia de los *derechos públicos subjetivos* según observa Elio Casetta, en la voz *Diritti pubblici subbiettivi*, de la *Enciclopedia del diritto* Vol. XI, Giuffrè, Milán, 1964, p. 793, columna segunda.

Si Rocco considera que la acción es un derecho subjetivo público, este criterio no puede excluir la *prescripción de la acción*, según la vieja terminología, tanto romana cuanto de la codificación que siguió al dominio napoleónico. En cambio, de acuerdo con el criterio kelseniano que informa el párrafo transcrito de la monografía de Dos Reis no se concibe

que pueda prescribir la acción que más que bien se configura como derecho objetivo.

En la argumentación de las autoridades fiscales se ignora completamente nuestro derecho positivo, como son los artículos 75, 1135 y 1136 de C.C.D.F., que a la voz *acción* da el primero de ellos un significado que concuerda con el de *derecho subjetivo privado* o en otros términos, esa palabra tiene dos acepciones jurídicas, una que le atribuye el derecho civil y la otra el procesal, el primero de carácter privado y el segundo de carácter *público*. Esta deliberada ignorancia lleva natural e ineludiblemente a malinterpretar los artículos 1040 del C. del C. de 1889 y 120 de la L.F.I.F. de 1950.

11. *La doctrina de G. Pugliese*. Es extraordinario que el distinguido civilista italiano exprese ya en la cuarta edición de su monografía acerca de la prescripción, que data de 1924, la tesis que se acaba de exponer en el último párrafo del número anterior, rigurosamente desprendida en México, al parecer por primera vez, de nuestro derecho civil positivo. En efecto, en el número 25, página 41 de su obra citada, después de haber mencionado la discusión suscitada por la contraposición que hoy (1967) hacen en México, las autoridades fiscales, entre *derecho subjetivo* y *acción*, discusión que en Europa se hizo más viva y encarnizada, según dice, por la elevación y sutilezas de análisis en torno al concepto de acción; a su relación con la función jurisdiccional, por un lado, y por otro, con el derecho subjetivo, y a su colocación en la clasificación de los derechos; hace la siguiente exposición de lo que a su juicio, es estrictamente necesario para resolver el problema a que se refiere:

"Para resolverlo directamente hay necesidad indeclinable de establecer bien qué cosa se entiende en esta materia por *acción*. En mi opinión, hay que distinguir entre acción como genérico poder de excitar la función jurisdiccional, con una pretensión aunque infundada, y *acción*, como tutela jurídica de un derecho subjetivo existente, y para decirlo propiamente, si bien con expresión no plenamente exacta, entre *acción procesal* y *acción material*.

"La primera es uno de los poderes que emanan de la fundamental potestad de ejercitar la propia actividad jurídica en todas las formas no prohibidas por la ley. La tutela jurisdiccional puede ser provocada incluso por una pretensión infundada, ya que no se puede excluir *a priori*, la existencia de la razón afirmada por quien actúa incluso cuando la protección no es acordada sino después de un examen preventivo como el realizado por la *Chambre des Requêtes* de la Casación francesa, el examen, aunque restringido a los caracteres exteriores más aparentes en la demanda, es ejercicio de la función jurisdiccional.

"Así pues, de su contenido *no forma parte esencial y necesaria, un derecho subjetivo existente*, actual, merecedor de protección jurídica.

"Y no puede considerarse como un derecho subjetivo, debiéndose conce-



bir el deber social de impartir justicia, como una obligación del estado para la *universitas* orgánicamente constituida y no como una obligación hacia el particular.

"Los caracteres hasta aquí delineados de la acción procesal, demuestran la imposibilidad de que ésta prescriba y no se puede imaginar la obra de la prescripción sobre poderes abstractos y genéricos, emanaciones perpetuas e indefectibles de la actividad jurídica. Por tanto, extrañas a ella permanecen las disposiciones legales que hablan de prescripción de las acciones y la controversia teórica en torno al objeto de la prescripción."

"26. La acción material no es ya un poder jurídico genérico y abstracto, sino un poder actual, concreto; no sólo no es independiente del derecho subjetivo, sino que en éste tiene su fundamento necesario; no es la facultad de provocar la función jurisdiccional y de tener una sentencia, sino la facultad de obtener la protección jurídica y una sentencia favorable.

"La acción material es indudablemente un derecho subjetivo actual, concreto, específico, susceptible de prescripción; a ella se refiere la ley cuando habla de prescripción de las acciones.

"La relación entre la acción material y el derecho subjetivo es controvertida. Una autorizada doctrina, considerando que el paso del derecho del estado estático al dinámico, el cual tiene su antonomástica expresión en la acción está determinado por un hecho nuevo (desconocimiento o lesión), ha añadido a la acción un derecho adicional y ha venido así a dar una explicación seductora de la dirección siempre determinada por el lado pasivo y por el carácter obligatorio de la acción (véase para todo esto, Savigny, *Sistema...*, V. párrafos 204 y 205).

"Yo creo que los ligamentos entre la acción y el derecho subjetivo sean mucho más estrechos y convido la opinión de aquellos que de la una y del otro, hacen una sola cosa. En mi opinión la acción es el derecho mismo, que reacciona contra el desconocimiento y la violación y tiende por naturaleza propia, a la comprobación y a la actuación, removiendo por sí mismo toda causa de incertidumbre y toda oposición, para que el titular pueda con seguridad absoluta gozar de aquel bien que se le atribuye."...

"La acción material es el medio con el que el derecho subjetivo obtiene la protección jurídica. Y cuando un derecho, que no esté jurídicamente protegido y que no puede obtener su comprobación si es desconocido y su reintegración específica o equivalente, si es violado, no es sino una larva; la acción se confunde con el mismo derecho. Cuando más se podrá decir, si se quiere considerar una cualquiera diferencia, que determina el momento en que el derecho pasa del estado estático al dinámico, pero con esto no se habrá establecido diversidad orgánica alguna, sin cambiar en lo mínimo la esencia del derecho cuando se dedica a la defensa o al ataque, así como no cambia la del soldado cuando toma las armas para la batalla.

"Así pues, atacar la acción es atacar al derecho mismo; destruida aquella, es también destruido éste."

12. El artículo 95 de la L.F.I.F. y la supresión de la acción en las fianzas, ante el Fisco. Después de plantear la tesis incorrecta de que lo que prescribe es la acción y no la obligación accesoria del fiador (para ser precisos) es perfectamente obvio que se invocara el artículo 95 de la L.F.I.F. que en relación con las fianzas que garantizan obligaciones principales a favor del Fisco suprimió la acción contra las afianzadoras y la sustituyó por el procedimiento económico coactivo y se dijera que el artículo 120 de la L.F.I.F. era en estos casos perfectamente inaplicable, así como también el 1040 del C. de C., porque si se había suprimido la acción desde esa supresión había sido y seguiría siendo imposible que prescribiera lo que no existía.

Se olvida en toda esta argumentación que si bien el procedimiento coactivo de cobro aplicado a las obligaciones exigibles de las afianzadoras, no constituye ejercicio alguno de una acción en su sentido procesal, sí en cambio, llena los requisitos del artículo 1159 del C.C.D.F., que no habla de prescripción de acciones, sino del derecho de pedir su cumplimiento, y con el procedimiento económico coactivo establecido en el artículo 95 de la L.F.I.F., se está ejercitando ese derecho, que sí está sujeto a prescripción, tanto más cuanto que atañe a la obligación mercantil nacida de la fianza de empresa, obligación que nunca debe confundirse en su naturaleza con la de un crédito fiscal, según la tesis de jurisprudencia definida número 107, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, relativo a la *Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965*, tercera parte, Segunda Sala, México 1965, pág. 139, así resumida:

"107. FIANZA, NO PUEDE SER CRÉDITO FISCAL EL DERIVADO DE UNA. La obligación contractual que nace de un contrato de fianza no puede ser un impuesto, porque no se ha fijado unilateralmente y con carácter de obligación general por el Estado. Tampoco es un derecho en los términos del artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación, pues no es la contraprestación requerida por el Poder Público en pago de servicios administrativos prestados por él. No es tampoco producto, porque no es ingreso que percibe el Estado por actividades propias o por explotación de sus bienes, ni es ingreso ordinario del erario a título de impuesto, derecho, rezago o multa. Por tanto el pago derivado de un contrato de fianza no cae en ninguna de las situaciones previstas por los cinco primeros artículos del Código Fiscal de la Federación; en consecuencia, de acuerdo con los artículos 12 y 113 de la Ley de Instituciones de Fianzas, debe concluirse que nunca una obligación contractual de tal carácter, que se rige por el derecho privado, puede ser transformada en un crédito fiscal regido por el derecho público."

Así pues lo que debe aplicarse es el derecho privado que aquí está



representado por la L.F.I.F., artículo 120, el C. de C., artículo 1040 y el C.C.D.F., artículo 1o. y todos los relativos a prescripción negativa, así como 754 que atañe a los bienes muebles. Además en tal aplicación hay que tener en cuenta las reglas de una buena, de una correcta interpretación, para no dar a la voz *acción* un sentido que pugna con los artículos 754, 1136, 1135 y 1136 del C.C.D.F.

13. *Prescriptibilidad de la obligación del fiador.* Un punto secundario que aunque sea incidentalmente mencionan las autoridades fiscales es el siguiente:

"Cabe agregar que lo anterior no implica que la facultad para hacer efectivas las fianzas por medio del requerimiento es imprescriptible. *Supuesto que está ligada a la exigibilidad y exigencia del crédito garantizado del cual la fianza es accesoria de lo que se sigue que si ese crédito está prescrito, también lo estará la obligación de la afianzadora y la facultad para exigir su cumplimiento.*"

"Como en el presente caso *la obligación principal constituye un crédito fiscal* que prescribe en cinco años —artículo 57 del Código Fiscal de la Federación— no se ha extinguido la responsabilidad de la afianzadora, ni el derecho del Fisco para hacerla efectiva."

Es necesario hacer notar el error que se encuentra en estos dos párrafos en el que se confunden dos casos diferentes de extinción de las obligaciones accesorias derivadas de todo contrato de fianza, independientemente de que sea fianza de derecho común o de fianza de empresa, que es mercantil.

El C.C.D.E., aplicable a las dos especies de fianzas mencionadas, establece lo siguiente:

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

Lo anterior no quiere decir que se esté estableciendo en el texto transcrito una sola especie de causas de extinción de la fianza, sino como hace muy bien notar la doctrina, se consignan dos especies de causas de extinción:

a) La primera a que se refiere el artículo es la que consiste en la extinción derivada del carácter accesorio de la obligación del fiador, por lo cual al extinguirse la obligación principal, no puede subsistir la accesoria, independientemente de cuál sea la causa de extinción de la obligación garantizada. Sin embargo, esto no quiere decir que si la obligación principal se extinguió por pago, la accesoria se extinguió también por pago, puesto que el fiador no pagó su obligación y por consiguiente, cuando se extinga la obligación principal por compensación, por confusión, por remisión de deuda, por prescripción, etc., la obligación fiadora se extinguió en virtud de su accesoriedad, porque ya no existía la obligación principal, pero no por compensación de la obligación fiadora con alguna deuda que tuviera el acreedor con el fiador ni por confusión de la obligación

accesoria, con el patrimonio del acreedor y tampoco por prescripción de la obligación accesoria del fiador.

b) En cambio, la segunda especie de causas de extinción de la obligación accesoria del fiador, que establece el artículo 2842, consiste en todas las causas de extinción de las obligaciones, pero que operan aquí exclusivamente sobre la obligación fiadora que es accesoria, sin que la extinción de ésta, necesariamente traiga consigo la extinción de la obligación principal. En efecto, si el fiador paga en vez del fiado, la obligación principal no se extingue, puesto que el fiador queda subrogado en los derechos del acreedor contra el fiado y de allí la acción de regreso que el primero, al pagar, adquiere contra el último, cuya obligación principal pagó.

14. Por tanto, volviendo al punto concreto que sostienen algunas autoridades fiscales, si el crédito fiscal garantizado por la fianza prescribe en cinco años, no por eso puede decirse que en el mismo tiempo prescribe la obligación accesoria del fiador. Para ésta la ley señala el plazo de dos años, de manera que a su vencimiento, sin que haya interrupción del curso de la prescripción, se consuma ésta, aunque no por ello se extinga la obligación principal que subsiste sin la garantía personal del fiador.

Obligación principal y obligación accesoria son diferentes en sí mismas, pero la accesoria, precisamente por serlo, sigue las vicisitudes de la principal y cuando ésta, por cualquier causa se extingue, se extingue también la del fiador. En cambio puede operar una serie de causas de extinción sólo de la obligación fiadora, dejando intacta la obligación principal. Por ello es antijurídico decir que si la obligación principal, que es un crédito fiscal, prescribe en cinco años, en ese mismo término prescribe la *obligación accesoria* del fiador, sobre todo teniendo ésta un plazo especial de prescripción en el artículo 120, como siempre lo ha reconocido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, que nunca ha pretendido que sea sólo prescripción de la *acción* y no prescripción de la *obligación* del fiador.