



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

LA GARANTIA DE DEUDA AJENA EN
OBLIGACIONES DE CREDITO EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN MANUEL PEREZ CORTES

M-0028563

ACATLAN, MEXICO

OCTUBRE DE 1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico este trabajo de mi tesis profesional a mis queridos padres; la señora Agripina Cortés de Pérez y el señor Juan Pérez Gómez. Con todo respeto y gratitud que me merecen, que con sus consejos y esfuerzos he logrado esta culminación.

Con todo mi cariño para mis hermanos Virginia, Juana María, José Luis, -- Silvia, Jesús Enrique, Ma. Guadalupe, Octavio, Jaime y Georgina.

A la memoria de mi hermano Federico y mi cuñada Silvia; que siempre estarán en nuestro corazón. como homenaje a los esfuerzos realizados para con nosotros.

Con respeto y agradecimiento al C. -
Licenciado Don Lorenzo de Jesús Fou-
bert de la Vega, por todo el apoyo y
ayuda que me ha brindado, en la prác-
tica forense del litigio así como en
lo personal.

Con agradecimiento a nuestra máxima
casa de estudios, la Universidad Na-
cional Autónoma de México y con grā-
titud a nuestra Escuela Nacional de
Estudios Profesionales, Unidad Aca-
tlán.

Con respeto y agradecimiento a mi hono-
rable jurado los C.C. Licenciados Gua-
dalupe Melesio González, Oliverio Gon-
zález Nava, Jorge Sergio Espejo Lima,
Marco Antonio Maldonado Ugartechea, --
Héctor Méndes Pavón y a mis distingui-
dos profesores, que de alguna u otra -
forma colaboraron para terminar mis es-
tudios profesionales:

Con gratitud para mi asesor de tesis el C. Licenciado Jorge Sergio Espejo Lima, que con sus consejos y orientación hizo posible la culminación de la presente.

Con gratitud y respeto a la C. Licenciada Guadalupe Melesio González, por su ayuda y colaboración para conmigo en el presente trabajo.

Con agradecimiento al Lic. Salvador Pompa M., por su ayuda en el presente trabajo. Así como a todas aquellas personas que de alguna u otra forma incidieron en mí durante mi formación.

I N T R O D U C C I O N

Las actividades financieras y económicas que realizan las personas, ya sean Morales, Públicas o Privadas; o bien las Físicas entre sí, como consecuencia de actos de comercio o hechos económicos o desarrollo de sus propias actividades, produzcan en el derecho Actos Jurídicos. De la noción de Hecho Jurídico en lato sensu sabemos que al haber concierto de voluntades para lograr un determinado fin, se producen Derechos y Obligaciones.

Los deberes que aceptamos o que en ocasiones nos son impuestos, requieren lógicamente de su cumplimiento. La natural desconfianza por parte del acreedor hacia el deudor, acerca del cumplimiento de sus obligaciones ha dado origen a las diversas formas de garantía que nuestro derecho reconoce. La idea de que un tercero ajeno a la relatividad del Acto Jurídico garantice el cumplimiento de una obligación ajena frente al acreedor, tiene en nuestro sistema legal, entre otras figuras, a la FIANZA.

La Fianza, a su vez se divide en tres tipos según nuestras leyes, - la fianza civil, la fianza mercantil y la fianza de empresa, esta última por ser una empresa de reconocida solvencia quien la otorga y estar concesionada por el Estado a prestar sus servicios en forma onerosa.

La capacidad fiadora de las afianzadoras, les permite que su giro principal sea el de afianzar precisamente obligaciones de terceras personas, ya sean físicas o morales, ya privadas o públicas.

Podemos decir que hay tantas especies de fianzas como obligaciones lícitas y posibles, sin embargo el crédito, salvo raras excepciones, no es posible garantizarlo con fianza de empresa.

De lo anterior ha surgido mi inquietud por abordar este tema, --- pues no debe de limitarse el mercado de la fianza, restringiendo un sector de obligaciones a la actividad fiadora de las Compañías de Fianzas.

En este trabajo me propongo demostrar que no hay razón para que la autoridad prohíba en el artículo 60 Fracción I, de la Ley Federal de -- Instituciones de Fianzas, que se garantice con fianza de empresa el --- cumplimiento de obligaciones de crédito, como lo es el de los Títulos y Operaciones de Crédito, no como aval porque la naturaleza jurídica de -- las instituciones afianzadoras no se los permite, pero si garantizar --- con una fianza de empresa las obligaciones de crédito que hubieran podi do ser garantizados por un aval, ya que, si existe una persona que se - dedica a garantizar obligaciones, no debe restringirse su actividad --- violando su libertad de trabajo, sino debe permitrsele que afiance to das las obligaciones susceptibles de ser garantizadas, ya que así se -- presta un auténtico servicio, tanto a los acreedores o beneficiarios, - como al gran sector de usuarios de fianzas, puesto que no rompe o viola ningún principio jurídico el garantizar obligaciones de crédito, ya que con este servicio pueden satisfacer el requisito de garantizar conforme a derecho el cumplimiento de sus obligaciones.

I N D I C E

C A P I T U L O I

GARANTIA.

| | Pág. |
|--|------|
| I.1.- Concepto de Garantía | 4 |
| I.2.- Garantías Reales y Personales | 5 |
| I.3.- Específica y General | 6 |
| I.4.- Contratos de Garantía; Prenda, Hipoteca, Fidei- comiso de Garantía y Fianza | 7 |

C A P I T U L O II

CREDITO

| | |
|----------------------------------|----|
| II.1.- Concepto de Crédito | 43 |
| II.2.- Apertura de Crédito | 45 |

M-0028587

C A P I T U L O III

LA FIANZA EN NUESTRO SISTEMA.

| | Pág. |
|------------------------------------|------|
| III.1.- La Fianza Civil | 55 |
| III.2.- La Fianza Mercantil | 71 |
| III.3.- La Fianza de Empresa | 72 |

C A P I T U L O IV

OBLIGACIONES AFIANZABLES.

| | |
|---------------------------------------|-----|
| IV.1.- Obligaciones Afianzables | 82 |
| IV.2.- Prohibiciones Expresas | 97 |
| IV.3.- Casos Prácticos | 99 |
| Conclusiones | 100 |
| Bibliografía | 103 |

C A P I T U L O I

GARANTIA

- I . 1 . - *Concepto de Garantía.*
- I . 2 . - *Garantías Reales y Personales.*
- I . 3 . - *Específica y General.*
- I . 4 . - *Contratos de Garantía.- Prenda, Hipoteca,
Fideicomiso de Garantía y Fianza.*

CAPITULO I

GARANTIA

I.1.- Concepto de Garantía.

Antes de estudiar los contratos de garantía que reglamenta nuestra legislación, es conveniente que analicemos primero que es la garantía, así tenemos que: Garantía "...es el aseguramiento del pago del crédito, tanto en favor del acreedor, que así evita el riesgo de insolvencia del deudor, como en favor del deudor, en esa forma procura una mayor confianza y seguridad entre quienes contraten o hayan contratado con -- él" (1). Considerando la definición anterior tenemos que de la misma se desprenden los elementos siguientes que la constituyen, a saber:

a).- Acreedor

b).- Deudor

Acreedor.- Tiene el derecho de exigir el cumplimiento del pago -- del crédito, a que se han obligado con él, al vencimiento de la obligación. Para el caso de que el deudor no cumpla con la obligación contratada con éste, puede exigirla con el fiador o garante que haya quedado obligado por el deudor, mediante la afectación del bien en garantía.

(1) Concha Malo, Ramón. Fianza Civil, Mercantil y de Empresa. México, - Exposición Sistemática, 1977. Pág. 9.

Deudor.- Es la persona que tiene el deber de cumplir con la obligación contractual con el acreedor.

La definición que analizamos nos parece completa pues se refiere a aseguramiento de pago del crédito, sin señalar si es personal o real.

Las diversas necesidades de garantizar las distintas clases de --- obligaciones que se presentan en la vida cotidiana, han dado lugar a diversas clasificaciones de garantía y que son atendiendo a su naturaleza las reales y personales.

1.2.- Garantías Reales y Personales.-

Garantías Reales.- Son aquellas que crean un derecho real en favor del acreedor sobre determinado bien que se afecta específicamente al pago del crédito, de suerte que con el producto de su venta y en forma --- preferencial, se hace pago al acreedor.

Tales son los casos de los contratos de prenda, hipoteca y fidei---comiso de garantía, donde se afecta o grava un determinado bien del deudor, dotando al acreedor de un verdadero derecho real sobre ese bien. Semejante a estas garantías reales, existen otras figuras jurídicas de menor importancia como por ejemplo el sólo derecho de retención y el mero --- privilegio o preferencia en caso de concurso de acreedores.

Garantías Personales.- La podemos definir como la obligación perso---nal y accesoria de una deuda ajena, respondiendo el garante con todo su patrimonio pero sin afectar específicamente a ese fin un bien determinado.

Ubicando dentro de esta clasificación al contrato de fianza, la --- solidaridad es también, sin ser un contrato, una garantía personal, así --- como el contrato de promesa de venta, de mandato irrevocable, contrato de indemnización.

1.3.- Específica y General.

Una clasificación de las garantías, consiste en determinar si se afecta, en cumplimiento de una obligación, una parte específica del patrimonio o todo él.

La específica se da cuando un bien patrimonial, es afectado para el cumplimiento de una obligación determinada.

La general se da cuando un bien patrimonial, o el total de los bienes que integran el patrimonio, son afectados para garantizar una o varias obligaciones.

De lo anteriormente expuesto, resaltan los contratos de garantía real, como la prenda, hipoteca y fideicomiso de garantía; y en la personal, la fianza. Estos contratos vienen a aumentar la confianza y aseguramiento del pago del crédito del acreedor, en virtud de que el deudor al solicitar un crédito tendrá la necesidad de garantizarlo con fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso de garantía.

La Fianza, en resumen, viene a dar confianza y seguridad personal y aumenta las posibilidades de pago. En derecho mercantil hay fianzas de primer orden superiores a una garantía real; muchas veces la fianza que otorga una sociedad tan seria como las otorgadas por compañías afianzadoras, son seguridad de primer orden; sería imposible pensar que estas compañías llegasen a la insolvencia. La regla general es que esta garantía personal debe ser inferior a una garantía real.

La Prenda es otro procedimiento al que puede acudir el acreedor para evitar que la insolvencia del deudor imposibilite el pago de su crédito. La prenda recae en bienes muebles que el deudor deja en poder del acreedor, quien lo retiene para garantizar su crédito y su preferencia en pago. Mediante esta desposesión, el acreedor queda a salvo de que el deudor pueda enajenar el bien, puesto que no va a vender la cosa que tiene el acreedor en su poder.

La hipoteca; recae en bienes inmuebles y no existe la desposesión - por parte del acreedor como existe en la prenda, el deudor sigue con la cosa, se le deja el disfrute de ella, pero en el momento que la obligación se hace exigible, la hipoteca se hace efectiva, entonces el acreedor hipotecario tiene derecho a tomar esa cosa en manos de quien esté, porque también es titular de un derecho real y, como todo titular de un derecho real tiene el derecho de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre.

El Fideicomiso de garantía; por su versatilidad extraordinaria es superior en muchos aspectos a la prenda y la hipoteca, mientras que en la primera de estas, la garantía que se da es un bien mueble y en la segunda un bien inmueble, en el fideicomiso de garantía puede versar en ambos con la diferencia que en el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles (art. 353 de la L.T.O.C.), o hacerse en las formas de publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trate de muebles (notificación, endoso, tradición, endoso con registro) (art. 354 L.T.O.C.). La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño. Por lo expuesto notamos la diferencia que existe entre uno y otro contrato, - no ampliando más estos temas, en virtud de que los voy a tratar en el siguiente subtema en una forma más específica.

1.4.- Contratos de Garantía.- Prenda, Hipoteca, Fideicomiso de --- Garantía y Fianza.-

Prenda.- Ampliando lo anteriormente expuesto de la prenda, vemos - que tiene tres acepciones principales; con ella denominamos al contrato, al derecho real a que da nacimiento el contrato y, por último, nos sirve para designar la misma cosa sobre la que se constituye ese derecho real de garantía llamado prenda.

Nuestro Código Civil la define en el artículo 2856, haciendo alusión a la segunda acepción que dimos de ese vocablo: "La prenda es un de-

recho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". Esta no es una definición del contrato de prenda, sino del derecho real a que da nacimiento el contrato de prenda. Por tanto, necesitamos dar un concepto del contrato de prenda, que puede ser el siguiente: "Es un -- contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero, entrega al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación" (2).

Cosas que pueden ser objeto del contrato de prenda. En la misma definición del artículo 2856, se determinan las características o los requisitos que debe satisfacer la cosa para que pueda ser objeto del contrato de prenda. Debe ser un bien mueble y debe ser un bien enajenable, un bien cedible, un bien que esté en el comercio.

El objeto del Contrato de prenda. La función que desempeña es -- la de servir de garantía para el cumplimiento de una obligación. Si la obligación garantizada no es cumplida, el acreedor prendario tiene derecho para hacer vender la cosa dada en prenda y aplicar su producto, su valor, su precio, al pago de la obligación; luego la prenda podrá actualizarse cuando la obligación se haga exigible y producir una venta forzosa respecto del bien dado en prenda. De aquí que se exija, pues, que ese bien pueda ser llamado a ser vendido, que tenga el carácter de enajenable, porque si no, no podría cumplir su función el contrato de prenda, que es la de garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en pago.

(2) Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Contratos. T. IV. 10a. Edición. México, Porrúa, 1977. Pág. 457.

Los bienes que pueden ser objeto de un contrato de prenda:

La ley no limita, de tal manera que podemos considerar que pueden darse en prenda no sólo los muebles corpóreos, sino también los incorpóreos, como son los derechos, los créditos. Todos estos bienes, con talde que estén en el comercio, pueden ser también objeto del contrato de prenda y del derecho real del mismo nombre.

Por las consideraciones expuestas pensamos que las definiciones antes mencionadas son acertadas en virtud de que se precisan los distintos elementos y caracteres de la prenda como derecho real y como --- contrato accesorio de naturaleza real, por ser necesario para su constitución la entrega material o jurídica de la cosa.

De las mismas se desprenden los siguientes elementos:

- a).- La prenda es un contrato accesorio.
- b).- La prenda es un contrato real.
- c).- La prenda da nacimiento a un derecho real de garantía, y
- d).- La prenda recae sobre bienes muebles enajenables y determinados.
- e).- La prenda es un contrato unilateral, de los llamados sinalagmáticos imperfectos.

La prenda es un contrato accesorio; porque la existencia y validez de este contrato depende del cumplimiento de la obligación de un contrato principal, como consecuencia de ser la prenda un contrato accesorio, sólo puede constituirse para garantizar hasta el monto de la obligación principal, o una cantidad inferior, pero nunca una superior.

La prenda es un contrato real; porque para que se tenga por constituida deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente, artículo -- 2858 del código civil. Añade el artículo 2859 del citado código..." se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el

deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público. El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder, en los términos que convengan a las partes". Tradicionalmente la prenda se ha considerado como un contrato real, un contrato de aquellos que no se perfeccionan sino por ese principio de ejecución que consiste en la entrega de la cosa.

La prenda da nacimiento a un derecho real de garantía; ya que da a su titular la facultad de retener la cosa en su poder mientras la -- obligación garantizada con la prenda no se cumpla. A este efecto del derecho real de retener la prenda se refiere directamente, el artículo 2873 Fracción II del código civil; ese derecho de retención no sólo puede ser ejercitado frente al deudor, sino que como derecho real, es un - derecho válido frente a cualquiera, es un derecho erga homes.

La prenda recae sobre bienes muebles enajenables y determinados; - la ley no limita, de tal manera que podemos considerar que pueden darse en prenda no sólo los muebles corpóreos, sino también los incorpóreos, - como son los derechos, los créditos. Todos estos bienes, con tal de que estén en el comercio, pueden ser también objeto del contrato de prenda - y del derecho real del mismo nombre.

La prenda es un contrato unilateral, de los llamados sinalagmáticos imperfectos; ya que únicamente hace nacer obligaciones a cargo del acreedor prendario; no es el deudor el que tiene obligaciones; él, en - lo personal, no contrae obligación mediante la celebración de este contrato; las contraerá si la prenda queda en su poder porque entonces debemos considerarlo como depositario (frutos pendientes); sobre bienes - muebles que quedan en su poder, es responsable de la conservación y cuidado de la prenda; pero esto es lo excepcional.

Efectos de la prenda. "Los efectos esenciales de la prenda son -- dos, primero obligaciones personales a cargo del acreedor prendario (o -- en su caso del tercero que haya recibido la prenda); y segundo, un derecho real en favor del propio acreedor prendario. Hay asimismo, efectos -- eventuales de la prenda, que son obligaciones personales a cargo del -- constituyente de la prenda, de lo cual proviene su catalogación como contrato sinalagmático imperfecto" (3).

Capacidad para dar en prenda. Disponen los artículos 2867 a 2870 -- que "...se puede constituir prenda para garantizar una deuda, aún sin -- consentimiento del deudor". Por tanto, no es preciso que el deudor de la obligación garantizada sea al mismo tiempo el deudor prendario, sino que un tercero puede ser deudor prendario y no el deudor principal. La prenda, como todos los demás contratos accesorios de garantía, supone la -- existencia de una obligación principal a la que sirve de garantía. Esa -- obligación tiene dos sujetos: el activo, acreedor; y el pasivo, deudor. Pues bien, este sujeto pasivo no es necesario que sea el deudor prendario, sino que un tercero puede afectar una cosa mueble enajenable de su propiedad para garantizar el cumplimiento de la obligación de otra. De -- tal manera es, que no siempre deudor principal y deudor prendario se con funden, aunque esto sea lo común.

Artículo 2868 del Código Civil: "Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño". Se requiere una capacidad de disposición para poder constituir sobre una cosa, el derecho real de prenda por la razón que expusimos antes, no porque sea un contrato traslativo de propiedad ni porque el acreedor prendario se haga dueño de la cosa dada en prenda; se crea un derecho real de naturaleza distinta al -- de propiedad, pero ese derecho puede conceder al acreedor la facultad de que si la obligación garantizada con la prenda no es cumplida, puede hacer vender la cosa y aplicar su precio al pago de la obligación.

(3) Sánchez Medel, Ramón. De los Contratos Civiles. 2a. Edición. Ed. Porrúa, México, 1973. Pág. 375.

Capacidad para dar en prenda. Al respecto damos la siguiente definición: "...las partes que intervienen en la prenda son: a) el constituyente de la prenda, que es el deudor o un tercero (2867), los cuales requieren capacidad general para contratar y el poder o legitimación para disponer del bien objeto de la prenda, porque sólo el dueño o la persona expresamente autorizada por él —para efecto concreto— puede pignorar una cosa (2868 y 2869); b) el acreedor prendario, que sólo necesita de la capacidad general para contratar" (4).

Forma.- Respecto a ésta señala el artículo 2860 que, "el contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado; se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente". Debemos distinguir —en cuanto a la forma, que una es la forma entre los contratantes como requisito de validez y otra es la forma frente a terceros; la primera es —simplemente la forma escrita, pero cuando ésta no lleva una fecha auténtica, no surte efectos contra terceros. Para que los surta se necesita tener la certeza de que la fecha sea auténtica, lo cual se obtiene mediante la inscripción del Registro por medio del otorgamiento de la escritura pública; también mediante la ratificación que se haga de las firmas en el documento privado ante un funcionario público, un juez en vía de jurisdicción voluntaria. Pero esto no tiene que ver respecto a la validez del contrato de prenda entre los contratantes, tiene que ver respecto a que el contrato puede ser oponible a terceros.

Derechos y Obligaciones de la Prenda.-El efecto fundamental del contrato de prenda consiste primeramente en crear, en beneficio del acreedor prendario, un derecho real que es de naturaleza secundaria. Si es posible hacer una distinción de esta índole dentro de los derechos reales, ese derecho real da a su titular la facultad de retener la cosa en su poder - -

mientras la obligación garantizada con la prenda no se cumpla. Ese derecho de retención no sólo puede ser ejercitado frente al deudor, sino que como derecho real, es un derecho válido frente a cualquiera.

En segundo lugar, se da al acreedor prendario un derecho de preferencia. La función de la prenda es que está llamada a ser vendida, para con su precio, hacer el pago al acreedor prendario; éste tiene el derecho preferente a ser pagado del importe de la obligación garantizada con el valor de la cosa dada en prenda. (Art. 2873-I y 2981 del Código Civil).

Obligaciones del acreedor prendario.- Art. 2876: "El acreedor está obligado: I.- A conservar la cosa empeñada como su fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia; II.- A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos": además, "...abstenerse de usar la cosa pignorada, pues no tiene el acreedor prendario el "jus utendi" a menos que expresamente esté autorizado por convenio (2873-III, 2878 y 2859, in fine). Tampoco tiene el "Ius fruendi", o sea, derecho a la percepción de los frutos, ya que, salvo pacto en contrario, los frutos no le pertenecen a él, sino al constituyente de la prenda (2880), pero sin que éste pueda exigir que se le entreguen, dado que los frutos incrementan la prenda y forman parte de ella (2888)" (5).

Extinción de la prenda.- Clasificamos al contrato de prenda como accesorio, esto es, como un contrato que supone la existencia de una obligación para que él mismo exista, y ya hemos repetido mucho que no podemos concebir la existencia de lo accesorio sin que exista lo principal. La prenda como la fianza puede extinguirse por dos causas diversas, por sí misma o por vía de consecuencia. Por sí misma se extingue por cualquiera de las formas como se extinguen las obligaciones (nulidad, rescisión, confusión, pago, dación en pago, prescripción, novación, compensa

(5) Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit., pág. 376.

ción). Pero por vía de consecuencia la prenda se extingue al mismo tiempo que se extingue la obligación principal. A esta forma de extinción de la prenda se refiere el artículo 2891 del Código Civil: "...extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda".

Hipoteca.- Es una seguridad real que tradicionalmente se ha constituido sobre bienes inmuebles, sobre derechos reales constituidos sobre inmuebles que no desposee al deudor; la hipoteca deja la cosa en poder del deudor. Toda hipoteca para ser válida necesita recaer sobre bienes ciertos y determinados; se requiere, por tanto, hacer una especificación de los bienes que se afectan con este derecho real de hipoteca; además la hipoteca para que pueda surtir efectos frente a terceros, necesita ser pública, y la publicidad se le da mediante la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad.

Nuestro Código Civil la define como real en el artículo 2893: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley". Art. 2894: "Los bienes hipotecados quedan sujetos a gravamen impuesto aunque pasen a poder de tercero". Art. 2895: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados. Todavía podemos relacionar estos artículos con el artículo 2919: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra terceros necesita siempre de registro y se contrae por voluntad en los convenios, y por necesidad cuando la ley sujeta alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria, en el segundo caso, necesaria".

El maestro Sánchez Meda, define a la hipoteca como "...contrato -- por el que el deudor o un tercero (2904), concede a un acreedor el derecho de realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle -- la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Suele llamarse -----

"constituyente" de la hipoteca al deudor o tercero que la establece". (6).

La palabra hipoteca como dijimos antes de la prenda, es susceptible de tener tres interpretaciones: entendemos el contrato que da nacimiento al derecho real del mismo nombre; también a este derecho real y, por último, aún cuando en un sentido bastante restringido, podemos decir que -- por hipoteca también se entiende la cosa misma afectada con este gravámen o la afectación misma cuando se crea por voluntad unilateral.

Es importante señalar las características que de hipoteca hemos dado, los elementos, las notas características del contrato. La hipoteca, -- no como contrato sino como derecho al que da nacimiento el contrato, es un derecho real, porque es un derecho que va directamente sobre la cosa, permite al titular de ese derecho obrar sobre la cosa sin intervención de otra persona. Esta es la característica del derecho real. Hay una relación de tal naturaleza, entre el titular del derecho y la cosa misma.

El artículo 2981 del código civil, señala la manera en que el acreedor hipotecario como titular de un derecho real, ese derecho real de hipoteca, es accesorio, por tanto supone la existencia de una obligación cuyo pago garantiza. El contrato se liga de manera permanente a la obligación principal, extinguida ésta, también se extingue la hipoteca por vía de -- consecuencia.

Especialidad de la hipoteca.- La hipoteca debe ser especial, esto es, NO debe recaer sobre la generalidad de los bienes del deudor, sino que debe ser especial en cuanto a que debe de recaer sobre ciertos y determinados bienes. Dos artículos insisten sobre esto, el 2895 y 2919 (ya citados). En materia de registro encontramos el artículo 3015 fracción IV, y en el Reglamento del Registro, el artículo 24. Por tanto, la hipoteca no es ge--

(6) Sánchez Medal, Ramón. Ob. Cit. Pág. 382.

neral, no puede constituirse sobre la totalidad de los bienes del deudor presentes y futuros, sino que debe referirse precisamente a ciertos y -- determinados bienes. Esta especialidad la entiende nuestro código desde dos puntos de vista, no sólo en relación con los bienes objeto de la garantía, sino también determina, no puede el deudor constituir hipoteca para garantizar todas las obligaciones que contraiga frente a una persona, sino que esas obligaciones deben ser determinadas que permitan a un tercero conocer por cuanto responde un bien.

Indivisibilidad de la hipoteca.- El término indivisibilidad lo vemos desde dos puntos de vista: desde el aspecto de los bienes gravados con ese derecho real y desde el punto de vista del crédito garantizado mediante la constitución de ese derecho real. Desde el primer punto de vista decimos que es indivisible porque los bienes hipotecados parte que de ellos queda, los bienes en su conjunto, en su totalidad y cada una de las partes de que se componen esos bienes, están gravados con ese derecho real; si se constituye una hipoteca sobre un edificio y éste se destruye, la hipoteca grava los restos de ese edificio, el terreno y si hubiese estado asegurado, el seguro queda afectado con ese gravámen hipotecario, por eso decimos que la hipoteca es indivisible. Es indivisible desde el punto de vista del crédito, si éste se divide, cada parte del crédito -- está garantizada con la totalidad de los bienes hipotecados.

Los artículos 2910, 2911 y 2912 del Código Civil, vienen a constituir las excepciones a este carácter de indivisibilidad que tiene la hipoteca. Se ha roto la indivisibilidad no en cuanto a los bienes que siguen respondiendo de la deuda, sino en cuanto al crédito, y en parte -- también en cuanto a los bienes. Este principio de indivisibilidad lo explicamos diciendo que la hipoteca es indivisible porque grava la totalidad de los bienes y cada una de sus partes; cuando se hipotecan varias fincas es forzoso determinar la parte del gravámen que reporta cada una de ellas. Supongamos que para garantizar una hipoteca de cien mil pesos se hipotecan tres fincas: en la escritura constitutiva de la hipoteca es preciso -- decir "la finca A responde de treinta mil pesos, la finca B por cuarenta mil pesos y la C por treinta mil pesos". Si el deudor paga la cantidad de cuarenta mil pesos, tiene derecho a que se cancele el gravámen sobre la --

finca B. Si paga sesenta mil pesos tiene derecho a que se cancelen los gravámenes sobre las fincas A y C. Véase lo que añade el artículo 2913.

Bienes susceptibles de ser hipotecados.- Vamos a referirnos a algunos grupos de derechos para ver qué abarca la hipoteca cuando se constituye sobre esos bienes o derechos. Decimos que la hipoteca es un derecho real, pero que a diferencia de lo que ocurre con los demás derechos reales que implican desmembraciones de la propiedad- limitaciones de dominio-, la hipoteca es un derecho real. Cuando una persona hipoteca un bien inmueble, más que la cosa hipotecada lo que hipoteca el deudor es un derecho que le permite actuar sobre la cosa, y la hipoteca no impide al deudor hipotecario conducirse respecto de ese bien como dueño; simplemente cuando la hipoteca se actualiza, cuando el acreedor hipotecario -- pueda ejercitar la acción real porque la obligación sea exigible y no se haya cumplido con ella, en ese momento ese derecho real se actualiza e impide al dueño de la cosa ejercitar determinados derechos.

Hipoteca sobre la propiedad y sobre otros derechos reales. El artículo 2896 determina que la hipoteca se extiende aunque no se exprese: a).- a las acciones naturales del bien hipotecado; b).- a las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados; c).- a los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario de la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos; d).- a los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

Hipoteca de bienes ya hipotecados.- Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en caso de los derechos de prelación que establece el Código Civil. El pacto de no volver a hipotecar es nulo; -- anteriormente era válido pero fue suprimido por injusto. Supongamos --- que sobre un mismo bien sean constituidas dos hipotecas sucesivas, --- en primer lugar, el acreedor hipotecario en nada se perjudica porque él

es un acreedor preferente respecto del acreedor; en segundo lugar, ya que la prelación de las hipotecas les da la hora y fecha de presentación del título de la hipoteca en el Registro, ese acreedor hipotecario puede deducir sus derechos correspondientes a la acción real perjudicando al acreedor en segundo lugar. Si el acreedor hipotecario en segundo lugar da por vencida su hipoteca antes que el primero, tampoco le perjudicará a éste, pues el juez lo citará y se respetará preferentemente su crédito.

Hipoteca sobre la propiedad común.- El predio común no puede ser hipotecado sino sólo con el consentimiento de todos los propietarios.- El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división, para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponde, el acreedor tiene derecho de intervenir en la división.

Hipoteca sobre derechos reales.- La hipoteca sobre derechos reales sólo durará mientras éstos subsistan, pero los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, por tanto éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el usufructo, y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiera concluido al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin. Supongamos que la obligación que garantiza B con la hipoteca a favor de A vence el 10 de octubre de 1984; en cambio la que constituyó A va a vencer hasta el mes de marzo de 1985; al vencerse la hipoteca el 10 de octubre de 1984, el deudor hipotecario paga a B. Pero se dirá: es que esa hipoteca debe producir perjuicios puesto que la hipoteca sobre hipoteca se inscribió en el Registro, luego el deudor hipotecario B sabía que la hipoteca había sido hipotecada. ¿Cómo puede válidamente hacer el pago? Decimos cuando A hipotecó su hipoteca a favor de C, sólo ha hipotecado su derecho accesorio, no su derecho principal que es el crédito. Además no

puede hipotecar el crédito porque éste es mueble, de modo que el crédito no es susceptible de ser hipotecado, y esa hipoteca se extingue fácilmente al extinguirse el derecho real principal; queda extinguida por pago de esa primera hipoteca.

El problema de capacidad.-Puede constituir hipoteca (no celebrar el contrato) el dueño de la cosa, los que tengan facultad de disposición respecto de esa cosa. Estos pueden ser convencionales o legales; los primeros —o sea los mandatarios— sólo podrán constituir hipoteca si tienen facultades de disposición, por ejemplo: un mandatario, de acuerdo con el párrafo 3o. del artículo 2554, puede válidamente constituir sobre los bienes de su mandante una hipoteca; un mandatario especial al que se haya dado la facultad expresa de hipotecar, puede constituir ese gravamen. Los representantes legales, por su parte, no tienen facultad de hipotecar, necesitan autorización judicial.

Forma de la hipoteca.-Artículo 2917: "Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320. Los contratos en que se consigne garantía hipotecaria otorgada con motivo de la enajenación de los terrenos o casas por el Departamento del Distrito Federal para la construcción del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble hipotecado no exceda del valor máximo establecido en el artículo 730, se observarán las formalidades establecidas en el párrafo segundo del artículo 2317". Por tanto, la hipoteca produce entre las partes todos sus efectos sin necesidad de registro. Recordemos que en nuestro Código de Procedimientos Civiles, de los primeros que están en el Capítulo del Juicio Hipotecario, se dispone que para que proceda el juicio hipotecario se necesita primero que la hipoteca conste debidamente inscrita en el Registro Público; segundo, que se presente testimonio de la escritura debidamente registrada, y por último que la obligación garantizada sea de plazo cumplido (art. 468). Pero el artículo 469 dispone que cuando la cosa hipotecada pertenezca todavía al deudor hipotecario, puede ejercitarse la acción hipotecaria en la vía Especial Hipotecaria en contra de ese deudor aún, cuando no haya inscrito la hipoteca, porque es-

ta, entre las partes, produce todos sus efectos sin necesidad de registro; el registro es para oponer a los terceros la hipoteca.

Tercero para efecto de registro.- Es oportuno aquí tratar el problema de saber quienes son terceros para efecto de registro, en general, -- existen en doctrinas dos opiniones contradictorias: 1o.- La que supone -- que tercero es todo el que no interviene en el acto o en el contrato que debe ser objeto de inscripción; 2o.-Tercero, para efectos de registro, -- no es toda persona que no interviene en la celebración del acto o del contrato objeto del registro, sino sólo aquellas personas que sin haber intervenido tienen al mismo tiempo un derecho real sobre la cosa. En realidad, no existe una jurisprudencia uniforme; existen numerosas ejecutorias y sentencias también del Tribunal Superior de Justicia declarando que -- sólo es tercero el titular de un derecho real. ¿En qué se apoyan?. En lo siguiente: En que la inscripción de un embargo o cualquier acto en el -- Registro no puede producir la transformación de la naturaleza del derecho.

Clases de Hipotecas.- Hipoteca voluntaria; la define el artículo -- 2920 "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas -- por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen". El deudor, sea que contrate, si ésta es la fuente de la hipoteca, o sea que la constituya mediante un acto de declaración unilateral de voluntad, procede de una manera libre, tiene el ánimo de constituir esa hipoteca tiene -- esa intención, de aquí el nombre que le da el código de hipoteca voluntaria. Hipoteca necesaria; añade el artículo 2931; "Llámesse necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores". En esta el deudor hipotecario procede a su constitución, a su otorgamiento, por una --- obligación, por un deber jurídico; pero nuestro código califica esta hipoteca como especial y expresa, porque las antiguas hipotecas judiciales y legales eran generales; nuestro código vigente da el carácter de especial a esta hipoteca aún cuando el deudor constituya la hipoteca constreñido -- por una obligación, por una necesidad jurídica, esa hipoteca debe recaer

sobre bienes cierto y determinados.

Pero además el precepto dice que debe ser expresa; para contradecir ese carácter tradicional que tenían las hipotecas legales y judiciales de ser ocultas, la hipoteca debe ser expresa; necesita de un acto por virtud del cual el deudor hipotecario la constituya, a diferencia de lo que ocurría con las antiguas hipotecas legales y judiciales que eran tácitas, - que se entendían constituidas y eran ocultas, no necesitaban de ninguna - publicidad. Este sistema ha sido completamente descartado en nuestro sistema hipotecario, por tanto, poco importa que el deudor, de manera voluntaria o constreñida por una necesidad u obligación jurídica constituya -- la hipoteca, ya que ésta en todo caso debe ser expresa y pública. Para los terceros sólo las hipotecas debidamente inscritas en el Registro Público pueden surtir efectos.

¿Quiénes tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria?

A esta pregunta responde el artículo 2935 diciendo: "Tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos: I.-El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido; II.- Los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores, los ascendientes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y devolución de aquellos, teniendo en cuenta lo que dispone la fracción III del artículo 520; III.- Los menores y además incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por lo que éstos administren; IV.- Los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial ordenada por el mismo testador; V.- El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos". Se complementa con el artículo 2936.

Efectos de la hipoteca antes de que la obligación principal sea exigible. Respecto de la posesión.- Cuando estudiamos generalidades -- acerca de los contratos de garantía, y comparábamos las seguridades personales con las reales, y dentro de éstas la prenda con la hipoteca, dijimos

que ésta es la seguridad real mejor, porque a diferencia de la prenda, - no priva al deudor hipotecario de la posesión de la cosa, posesión que podrá perder cuando la hipoteca se actualice, esto es, cuando la obligación principal garantizada con hipoteca sea exigible. Por eso los autores antiguos decían que la hipoteca difiere de la prenda en cuanto a la toma de posesión; es una toma de posesión diferida, no toma posesión -- sino hasta el momento en que la obligación se hace exigible, en este -- momento, prenda e hipoteca respecto a la posesión se confunden.

Respecto a los actos de dominio.- El deudor hipotecario conserva - la propiedad de la cosa. tanto que ese deudor hipotecario puede venderla; puede hipotecarla de nuevo; puede gravarla; puede constituir servidumbre o algún otro derecho real; puede darla en fideicomiso; no se priva de - su carácter de dueño, puede usar y disponer de la cosa. Pero este uso disposición no deben perjudicar al acreedor hipotecario; si el deudor - hipotecario vende la cosa hipotecada, o la trasmite por cualquier título o la grava de nuevo, el acreedor no se perjudica en nada porque es -- acreedor titular de un derecho real y como tal tiene la acción persecutoria de la cosa en manos de quien se encuentre, ejercerá la acción real hipotecaria y perseguirá la cosa en manos de ese comprador y lo privará de ella, porque el efecto último de la constitución de la hipoteca, es la facultad, para el acreedor hipotecario, de tomar la cosa, hacerla vender y aplicar el precio al pago de la obligación.

Respecto al arrendamiento.- Hemos visto que el deudor hipotecario conserva todos los derechos de dueño, por tanto sí puede vender la cosa hipotecada con mayor razón puede celebrar respecto de ella actos de administración como es la celebración del contrato de arrendamiento, pero esta celebración podrá prestarse a maniobras fraudulentas por parte del deudor, bastará para esto celebrar un contrato de arrendamiento por un - plazo muy largo y renta muy baja, ese contrato es oponible al nuevo dueño del bien, en esas condiciones, disminuirá notablemente el valor de la casa hipotecada. Nuestro legislador previó esta situación en el artículo 2914 "Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de ren--

"tas por un término que exceda a la duración de la hipoteca, bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda a la expresada duración.- Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento por más de un año, si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses, si se trata de finca urbana", establecido de modo eficaz para proteger al acreedor hipotecario.

Respecto a los frutos.- El deudor hipotecario es el que tiene derecho a los frutos de la cosa, no los trasmite por virtud de la constitución de la hipoteca, pero mediante un pacto en ese sentido puede estipularlo, así como la renta, así lo determina el artículo 2897. Antes de que la obligación principal garantizada con hipoteca sea exigible, el acreedor no tiene ningún derecho ni sobre los frutos ni sobre las rentas, pero en el momento en que la hipoteca se actualiza mediante la fijación de la cédula hipotecaria, los frutos y rentas quedan immobilizados y al deudor ya no le corresponden porque esos frutos y rentas sirven ya también de garantía al acreedor.

Efectos de la hipoteca en el momento en que la obligación principal garantizada con hipoteca se hace exigible.- Vimos que el derecho fundamental que tiene el acreedor hipotecario es el de tomar la cosa, hacerla vender y aplicar su precio al pago de la obligación garantizada con la hipoteca. Artículos 2893 ya citado y el 2916 que dispone "El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Cíviles. Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero". El acreedor hipotecario, llegado el caso de que la obligación principal se haga exigible, debe promover juicio hipotecario, la cosa hipotecada precisamente por la constitución de la hipoteca, está llamada a ser vendida porque esa cosa debe transformarse en dinero para aplicarlo al pago de la obligación garantizada. Ahora bien ese procedimiento para vender la cosa, puede ser

judicial o extrajudicial, todo depende del convenio que hayan tenido, si no lo hay, entonces el acreedor no tiene más que una acción, proceder a la venta de manera judicial, mediante el juicio hipotecario o ejecutivo correspondiente.

El juicio hipotecario comienza con la fijación de la cédula hipotecaria que tiene como efecto inmovilizar los frutos y renta, impedir -- que nadie pueda tomar posesión de esa cosa o perjudicar los derechos -- que tiene adquiridos sobre ella el actor, la cédula, además, se inscribe en el Registro para impedir, con la inscripción, que la finca pueda ser embargada, dicha cédula hipotecaria, inscrita, impide el embargo de la cosa, que se tome posesión, que se venda. La finca queda inmovilizada en virtud de existir una relación ya no contractual entre las partes, -- sino de carácter procesal que se rige exclusivamente por el Código de -- Procedimientos Civiles. Ver art. 478 y siguientes del citado precepto.

Ahora bien, si promovido el juicio hipotecario resulta que el --- deudor es condenado por sentencia, la cosa debe ser sacada a remate, -- vendida en pública subasta. Con el precio fijado por las partes, el que fijen los peritos o con el avalúo que se haga para sacar a remate el -- bien. En esas condiciones, se cita a los postores y comienza la venta -- judicial de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimientos -- Civiles, si no se presentan postores, el acreedor hipotecario puede pedir la adjudicación de la cosa, que se le hará en las dos terceras partes del valor que sirva de base para la postura. Si no quiere adjudicar se la cosa, se convoca a nueva almoneda con la deducción del 20% hasta tener remate de la cosa o la adjudicación en favor del acreedor hipotecario.

Duración de la Hipoteca.- Dicen los artículos 2927 y 2934: "La -- "hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obliga-- "ción que garantice y cuando Esta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación --

"principal". "La hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza". Se celebra un contrato de mutuo por -- virtud del cual A, trasmite en mutuo a B diez mil pesos, B garantiza a A el cumplimiento de la obligación o sea la devolución oportuna de los diez mil pesos y sus intereses en su caso constituyendo hipoteca sobre la finca X; el plazo que tiene B para hacer el pago es de cinco años, -- la hipoteca durará cinco años que son los mismos de la obligación principal y diez años después, que es el tiempo en que prescribe la hipoteca. Pero respecto a los réditos, estos no pueden ser garantizados con hipoteca más que por cinco años, a lo sumo. Dicen los artículos 1159 y 1162: -- "fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, con -- tados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el -- derecho de pedir su cumplimiento". "Las pensiones, las rentas, los al-- quileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su -- vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el ven-- cimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de la ac-- ción real o de acción personal". Añade el 2915, "La hipoteca constitul-- da a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjui-- cio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, a -- menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses -- por más tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción -- de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en -- el Registro Público". Agrega el 2918 "La acción hipotecaria prescribe -- a los diez años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al -- título inscrito". De aquí se sigue que la hipoteca es válida, está vi-- gente durante todo el tiempo en que está vigente la obligación principal y diez años después, a partir de la fecha en que esa obligación se hizo exigible, no hay que esperar a que la obligación principal prescriba -- para contar los diez años, desde que se hizo exigible la hipoteca sólo dura diez años.

Transmisión de la hipoteca.- Dispone el artículo 2926 "El crédito -- puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la -- forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917,

"se de conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro. Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede -
"transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito". Es decir, si excede de quinientos pesos, debe hacerse en escritura pública; por menos basta el escrito privado, pero que sea perfectamente autenticado, se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. En cuanto a las cédulas hipotecarias, bonos hipotecarios, obligaciones hipotecarias que pueden ser nominativas o al portador, en este caso al transmitir la obligación se transmite también la hipoteca, (derecho accesorio), no habiendo necesidad de que se haga constar en escritura pública ni que se comunique al deudor; Este debe pagar a quien presente al cobro esos títulos. Estos artículos no hacen sino consagrar el principio de que los derechos pueden cederse sin consentimiento al deudor. (arts. 2030 y 2032 del código civil).

Extinción de la hipoteca.- A esta se refiere el Capítulo IV y último. Artículo 2940: "La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero mientras no sea cancelada su inscripción".

Artículo 2941; "Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la ---
"extinción de la hipoteca: I.- Cuando se extinga el bien hipotecado; ---
"II.- Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía; III.- Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado; IV.- Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 2910; V.- Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325; VI.- Por la remisión expresa del acreedor; VII.- Por la -
"declaración de estar prescrita la acción hipotecaria".

Es necesario hacer alguna distinción entre estas maneras de extinguirse la hipoteca, esta extinción puede hacerse por vía principal o por vía de consecuencia. La hipoteca se extingue por vía principal como se -

extinguen todas las obligaciones; nulidad, rescisión, prescripción, remisión, pago, dación en pago. La hipoteca se extingue por la vía de consecuencia al extinguirse la obligación principal a la que sirve de garantía.

Pero hay esa particularidad que ya hablamos señalado: que la hipoteca sobreviva al crédito, en que extinguido el crédito, sin embargo la hipoteca subsista. En realidad, estas formas en que decíamos que la hipoteca subsiste al crédito, es cuando éste ha sido traspasado a otra persona, cuando se ha extinguido para dar nacimiento a un nuevo crédito y ha habido reserva de la garantía hipotecaria. Vamos a estudiar estos casos especiales.

Compensación.- A este respecto disponen los artículos 2194 y 2195: "La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, produce sus efectos de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas". "El que paga una deuda compensable no puede, cuando exija su crédito que podía ser compensado, aprovecharse, en perjuicio de tercero, de los privilegios e hipotecas que tenga en su favor al tiempo de hacer el pago, a no ser que pruebe que ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda".

Novación.- La novación, dice el artículo 2220; "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".

Según el artículo 2213 existe la novación de contrato "cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente, sustituyendo una obligación nueva a la antigua". La novación importa la extinción de la obligación A y da nacimiento a la obligación B. Extinguida la obligación principal deberíamos decir que se extingue la hipoteca; pero puede impedirse esto mediante una reserva expresa que haga el acreedor hipotecario (artículo 2220).

Pago con subrogación.- No podemos decir que se extinga el crédito, sino que ha habido una trasmisión del crédito, más que una extinción de la obligación. Dice el artículo 2058: "La subrogación se verifica por -- 'ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesa "dos: I.- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente, (un "acreedor hipotecario en segundo lugar le paga al primero para subrogar-- "se en los derechos del acreedor hipotecario y aplicar el valor de la -- "cosa hipotecada a los dos créditos); II.- Cuando el que paga tiene inte "res jurídico en el cumplimiento de la obligación; III.- Cuando un here-- "dero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV.- Cuan-- "do el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un "crédito hipotecario anterior a la adquisición".

Dación en pago.- Artículos 2942 y 2943: "La hipoteca extinguida -- "por dación en pago revivirá, si el pago queda sin efecto ya sea porque "la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor y estando todavía - "en su poder, ya sea porque el acreedor la pierda en virtud de la evic-- "ción". "En los casos del artículo anterior, si el registro hubiere sido "ya cancelado, revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción; "quedando siempre a salvo al acreedor el derecho para ser indemnizado -- "por el deudor, de los daños y perjuicios que se le hayan seguido".

Efectos posteriores a la extinción de la hipoteca.- Supongamos que la hipoteca se extinguió, puede haber todavía algunos efectos. Por ejem plo, los artículos 2910 y 2941 (ya citados). Se extingue el bien hipotecado, pero estaba asegurado, el seguro toma la parte de la cosa hipoteca da y queda afectado al pago. Se han expuesto cuatro teorías principal--- mente para explicar por qué el seguro queda en lugar de la cosa hipoteca da:

1.- Teoría de la subrogación personal.- Se dice que el asegurador ha quedado subrogado en las obligaciones del deudor hipotecario, debe-- mos descartar esta teoría en nuestro derecho porque la subrogación siem pre implica el pago y aquí es el seguro mismo el que queda en substitu--

ción de la cosa hipotecada.

2.- Teoría de la subrogación real.- No es la persona la que subroga en las obligaciones del deudor hipotecario, es el valor mismo del seguro el que toma el lugar de la cosa hipotecada. Esta teoría tiene -- perfecta aplicación en nuestro derecho.

3.- Teoría de la Delegación.- Se supone que el asegurador es un delegado del deudor hipotecario que cumple por éste. No hay ningún artículo en nuestro código civil que autorice la aplicación de esta teoría en nuestro derecho positivo.

4.- Teoría que asimila la cosa hipotecada por el valor del seguro. Esta teoría de la asimilación de la cosa hipotecada por el valor del seguro, se confunde con la segunda.

Cualquiera que sea la teoría que se acepte, el resultado es el mismo, que el importe del seguro queda afectado al pago de la obligación, igual podemos decir de la expropiación por causa de utilidad pública o venta judicial.

Fideicomiso de garantía.- Por su versatilidad extraordinaria es superior en muchos aspectos a la prenda y la hipoteca, mientras que en la primera de éstas, la garantía que se da es un bien mueble y en la segunda un bien inmueble y en ocasiones un mueble, en el fideicomiso de garantía puede versar en ambos con la diferencia que en fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trata de bienes inmuebles (art. 353 de la L.T.O.C.) o hacerse en las formas de publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trata de muebles (notificación, endoso, endoso con registro, tradición) art. 354 de la L.T.O.C. La traslación de dominio produce efectos frente a terceros.

El artículo 346 de la L.T.O.C. "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Analizando el concepto que de fideicomiso nos da la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos que: El fideicomiso únicamente puede ser practicado por instituciones de crédito autorizadas artículo 350 de la L.T.O.C. primer párrafo que dice "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

El fideicomiso es un negocio fiduciario al través del cual la institución fiduciaria autorizada adquiere del fideicomitente el dominio de determinados bienes obligandose a destinarlos a un fin previamente pactado. Encontramos, en el fideicomiso el aspecto real debido a que el fideicomitente trasmite la propiedad de ciertos bienes a los fines pactados y consecuentemente la institución fiduciaria debe obrar de acuerdo con las exigencias que el cumplimiento del fin requiera. El legislador ha prohibido los fideicomisos secretos y exige publicidad a las relaciones entre el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, como quiera el fideicomiso tiene por objeto la realización de fines pactados en provecho ajeno.

El fideicomiso es un negocio jurídico unilateral o plurilateral; unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su testamento. Y puede ser plurilateral cuando las partes representan intereses contrapuestos que se coordinan por medio de las manifestaciones de voluntad, persiguiendo con ello un fin determinado. La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito la señala como un acto constitutivo y la Ley de Instituciones de Crédito lo señala como contrato (art. 45 fr. VII). El aspecto contractual queda subrayado en aquellos casos en los que el fideicomitente, de acuerdo con el fiduciario, se reserva una serie de derechos que lo convierten en titular directo de acciones frente al fiduciario.

"En la constitución del fideicomiso pueden concurrir no dos, sino

"tres partes: el fideicomitente que asume derechos y obligaciones frente al fiduciario y frente al fideicomisario, el fiduciario que los adquiere frente al fideicomitente y frente al fideicomisario y el fideicomisario que los contrae frente al fideicomitente y frente al fiduciario. -- Dada la unidad jurídica del negocio, podemos decir que nos encontramos frente a un caso de contrato o negocio plurilateral". (7).

El fideicomiso da origen a una modalidad de dominio, puesto que -- transmite la propiedad de ciertos bienes a favor del fiduciario debiendo observarse las normas de publicidad que determinan los artículos 353 y 354 de la L.T.O.C. "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro". "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha -- en que se cumplan los requisitos siguientes: I.- Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor; II.- Si se tratare de un título nominativo desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso; III.- Si se tratare de cosa -- corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria". Esa traslación de dominio surte efectos frente a tercero figurando como dueño el fiduciario. Más el dominio de éste sobre los bienes es peculiar, ya que sus facultades de dominio están legalmente limitadas y deberá ejercerlas en función del fin previamente pactado y -- no en interés propio, de esto nos hablan los artículos 346 y 351 párrafo 2o. "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a -- una institución fiduciaria". Artículo 351 párrafo 2o. "Los bienes que --

(7) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. Décimosexta Edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1982. Pág. 121.

"se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan "y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente a tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros".

El provecho del fideicomiso recae sobre el fideicomisario, como deducimos del párrafo 1o. del artículo 348 "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, párrafo 1o.- El Fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359", el fideicomisario puede impugnar la conducta del fiduciario que no se conforme con los fines del fideicomiso, y por último, extinguido el fideicomiso, dice el artículo 358 - "Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito".

Elementos personales del fideicomiso.- El fideicomitente que es la persona que constituye el fideicomiso, el fiduciario que es una institución autorizada a la que se trasmite en propiedad los bienes para que se cumplan los fines del fideicomiso y el fideicomisario o beneficiario, que es normalmente la persona que recibe el provecho del fideicomiso instituido, de suerte que es el titular económico, mientras que el fiduciario es el titular jurídico.

El fiduciario no puede ser beneficiario del fideicomiso, pero el

fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona como se deduce del artículo 348 (ya citado).

Capacidad para constituir en fideicomiso.- Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

Capacidad de la institución fiduciaria.- Únicamente pueden ser instituciones fiduciarias, las autorizadas por la Ley. Como es sabido, las operaciones fiduciarias son operaciones de crédito, cuya práctica o realización requiere autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la organización adecuada de las instituciones que se dedican a practicarlas (Art. 2 fracción VI, 44 a 46, 127 y 135 a 138 de la Ley de Instituciones de Crédito). Al respecto podemos ver el artículo 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice: "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley. El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

Capacidad del Fideicomisario.- Son las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Elementos formales del fideicomiso.- El fideicomiso puede ser -- constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la -- transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. (Art. 353 L.T.O.C.). Debe advertirse que la redacción por escrito no es un -- elemento esencial, sino un requisito de prueba, el legislador exige la forma escrita ad probationem, y la ausencia de forma puede convalidarse (artículo 1795 fracción IV, 1832 y 2232).

Elementos reales del fideicomiso.- Son los bienes que se dan en fideicomiso y las obligaciones que surjan del mismo como negocio jurídico.

Sólo se estudia el fideicomiso de garantía en relación a los fideicomisos, en virtud de que el tema de este capítulo versa sobre los contratos de garantía, razón por la que no se menciona otro tipo de fideicomiso. Así tenemos: "Constitución de garantías. El llamado fideicomiso de garantía no sólo existe en la práctica, sino que es un concepto legal (vse. Art. 36 Fracción IV, L. Inst. Cr.). Consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asume el fideicomitente. Así, un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes" (8). Este tipo de fideicomisos pueden asegurar con su producto o con su venta, la educación de menores, el pago de pensiones alimenticias, el mantenimiento de inválidos, el pago de rentas por vida.

(8) Rodríguez Rodríguez; Joaquín. Op. Cit. pág. 124.

Nuestra legislación contempla en los artículos 353 y 354 de la -- L.T.O.C., los bienes que son susceptibles de fideicomiso y así tenemos que pueden ser muebles o inmuebles, dice el artículo 353 "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la -- sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro". Artículo 354 "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos: I.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor; II.- Si se tratare de un título nominativo, desde que -- Este se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los -- registros del emisor, en su caso; III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria".

Quedan prohibidos: I.- Los fideicomisos secretos; II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, y III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el resurgimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro. Art. 359 de la L.T.O.C.

Derechos y obligaciones del fiduciario.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir

dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo, no podrá excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de -- primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre -- como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o me-- noscabo que los bienes sufran por su culpa. Las instituciones fiducia-- rias tendrán las facultades que expresamente se hayan consignado con-- forme a la ley en el acta constitutiva del fideicomiso, mandato o co-- misión, o en sus modificaciones y las que respecto a los bienes de -- que se trata correspondan a los representantes o agentes locales, en -- sustitución de los cuales asuma la gestión. Art. 45 Fracción XI Ley - de Inst. de Cr.

Va hemos dicho que las instituciones fiduciarias están obliga-- das al desempeño del encargo y asumen una obligación de hacer en re-- lación con el fin que persiga el fideicomiso, El fiduciario puede de-- sempeñar su cometido por medio de delegados fiduciarios, y los dele-- gados podrán nombrar abogados particulares y generales dentro del lí-- mite de sus propios poderes, hacerse sustituir si estuviesen autoriza-- dos para ello, pero en este supuesto deberá comunicarse la sustitución a la Comisión Nacional Bancaria, a efectos del ejercicio de su derecho de voto.

El fiduciario se obliga a conservar los bienes o derechos dados en fideicomiso, y a obrar en forma adecuada para que los derechos pa-- trimoniales no sufran menoscabo alguno. En toda clase de operaciones - que signifiquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o in-- versión de dinero o fondos líquidos, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente, comi-- tente o mandante. Cuando las instrucciones no fuesen suficientemente - precisas o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución fiduciaria, aquélla se realizará ne-- cesariamente, en valores aprobados para el efecto por la Comisión Na-- cional de Valores, procediéndose a la inversión en el menor plazo posi-- ble y a la notificación y registro.

De toda percepción de rentas, frutos o productos y de cualquier inversión, adquisición o sustitución de bienes, debe el fiduciario -- avisar al beneficiario comunicándole los datos precisos para la identificación de los bienes y cuando por cualquier motivo no proceda dicha notificación, las operaciones deberán anotarse en un registro foliado y sellado que debe llevar la institución con carácter rigurosamente secreto.

El fiduciario debe guardar secreto de las operaciones, y tiene derecho a percibir la retribución convenida por los servicios que -- ello implica. La Ley se refiere indirectamente a esta retribución, la que por otra parte es una consecuencia lógica del carácter mercantil y profesional de la actuación del fiduciario. El artículo 137 de la Ley de Instituciones de Crédito establece como causa justa para la -- renuncia del fideicomiso la falta de pago de las compensaciones estipuladas a favor de la fiduciaria y el que los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir esas compensaciones. El pago de la retribución puede quedar a cargo del fidei comitente, de sus causahabientes o del fideicomisario, según se deduce del inciso b) del artículo 137 de la Ley de Instituciones de Crédito, o bien pagarse de los productos de los bienes dados en fideicomiso, como se deduce del inciso c) del mismo artículo.

El Fideicomisario.- El fideicomisario, tendrá además de los de rechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fidei comiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar la validéz de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso del artículo 355. La acción que el artículo 355 de la L.T.O.C., concede al fideico

misario, no es propiamente hablando la reivindicatoria, ya que el ejercicio por él de la acción para reivindicar los bienes dados en fideicomiso no lleva como consecuencia que los bienes reivindicados pasen al patrimonio del titular de la acción sino que ingresan en el patrimonio del fiduciario. Pero es que además el fideicomisario, no es el propietario de los bienes dados en fideicomiso y la acción reivindicatoria se da normalmente en favor de los dueños, en cambio como sabemos, el fiduciario es normalmente el titular del dominio jurídico de los bienes dados en fideicomiso.

El fideicomitente.- El fideicomiso produce efectos en virtud del acto constitutivo o del contrato sin necesidad de la colaboración del fideicomitente, incluso después de la muerte de éste y también incluso en contra de su voluntad. Ahora bien, el fideicomitente puede reservarse derechos, siempre que no sean incompatibles con los legales -- del fiduciario y del fideicomisario o sean contrarios a la institución del fideicomiso.

Como vemos el artículo 138 de la Ley de Instituciones de Crédito, el fideicomitente puede reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, acción para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones fiduciarias y para pedir la remoción del fiduciario. El fideicomitente también puede reservarse derechos para ejercerlos sobre los bienes dados en fideicomiso -- (Art. 51, párrafo 2o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito). En caso de remoción de fiduciario o de revocación del fideicomiso, el fideicomitente podrá nombrar nuevo fiduciario. Por último, también tiene derecho el fideicomitente a obtener la devolución de los bienes al terminar el fideicomiso.

Extinción del fideicomiso.- El fideicomiso se extingue: I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido; II.- Por hacerse -- éste imposible; III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término no señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución; IV.- Por haberse cum-

plido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario; VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y VII.- En el caso del párrafo final del artículo-350 de la L.T.O.C.

Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que ésta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito. (Art. 358 L.T.O.C.).

Fideicomiso de Garantía.-"El llamado fideicomiso de garantía que se ha usado como sustitutivo de la hipoteca. En un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca, y para evitar el juicio hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso a un banco. En este caso suele hablarse de que se traslada el dominio de la finca al banco - fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario acreedor. En realidad, no hay traslado de dominio, puesto que la finca no entra al patrimonio del fiduciario, sino que se atribuye a éste el poder jurídico - de enajenar la casa en los términos y condiciones que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezcan".

"Este tipo de fideicomiso se ha extendido a otros tipos de créditos, no sólo a los hipotecarios, y se ha prestado a verdaderos despojos".

"Creemos que la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional. Si el deudor no demuestra el pago, pero se tienen excepciones que oponer a su acreedor, el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. En estos casos, debería establecerse un procedimiento judicial, sumárisimo, previo

a la subasta que el banco haga de los bienes fideicometidos. Sólo en esa forma se respetarían los principios de nuestra estructura constitucional" (9).

De la transcripción que hemos expuesto del maestro Cervantes -- Ahumada, estoy de acuerdo y me adhiero a su planteamiento respecto a que se deja al libre albedrío de la institución fiduciaria el de ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague. Si como hemos visto que la institución fiduciaria, adquiere del fideicomitente el dominio de los bienes muebles o inmuebles dados en fideicomiso para el fin previamente pactado, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, - ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional, si el deudor no demuestra el pago. Por lo que debería establecerse un procedimiento judicial, previo a la subasta que la institución fiduciaria haga de los bienes fideicometidos, y así evitar los despojos de éstos.

La Fianza.- Viene a dar confianza y seguridad personal, aumenta las posibilidades de pago, será más difícil que dos personas queden en la insolvencia como es el caso del deudor y de otro deudor accesorio y el -- acreedor pueda cobrar de cualquiera de las dos o de ambas, la obligación contraída para el caso de incumplimiento de la misma.

El artículo 2794 del Código Civil, dice: "Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

El contrato de fianza, por tanto, se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor, éste no es parte en el contrato de la fianza, el - contrato se celebra entre un acreedor y un tercero, que es el fiador. El tercero se compromete, se obliga frente al acreedor a pagar por el deudor si éste no cumple, entonces el fiador cumplirá por el deudor

De este contrato de garantía personal de fianza, no voy a desa-

(9) Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Undécima edición. Ed. Herrero, S.A. México 1979. Pág. 295.

rollarla con todas sus características específicas en este subtema, por ser tema de todo un capítulo que más adelante analizaré.

C A P I T U L O I I

CREDITO

II.1.- *Concepto de Crédito.*

II.2.- *Apertura de Crédito.*

C A P I T U L O I I .

C R E D I T O .

II. I. - Concepto de Crédito.

Después de haber analizado en el capítulo anterior a la garantía, en sus diferentes modalidades, como los contratos de garantía real y personal; ahora veremos al crédito y una de las principales operaciones en que él aparece es la apertura de crédito.

El concepto económico y jurídico del crédito debe ser un concepto previo al estudio de los contratos de apertura de crédito. Ciertas definiciones atienden a la etimología de la palabra crédito, (de credere) que significa creer, tener confianza. Sin embargo puede haber confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza. La confianza puede ser motivo de voluntad, pero a los juristas interesa definir la voluntad misma del dador del crédito, no sus motivos. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Se produce, por tanto, una pausa entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, en el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, y al propio tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés aparece entonces como precio del tiempo.

"Crédito es la deuda que alguno tiene a su favor, y el liberamiento, vale o abono que se da de alguna cantidad, o bien para pagarla en adelante, o bien para que la pague en otro paraje algún corresponsal. Esta voz se deriva de la palabra latín *credere*, que significa prestar, fiar, confiar. El que presta o fía a otro alguna cosa, adquiere contra él un derecho; y este derecho se llama crédito, de suerte que la palabra crédito es sinónimo de deuda activa, y designa por consiguiente el derecho que tiene un acreedor de exigir una cantidad de dinero a cuyo pago se ha obligado el deudor. El crédito puede nacer no sólo del préstamo, sino también de otras causas, como de una donación, de un legado, de una partición, de una venta o de una promesa. El nombre del crédito no sólo se aplica al derecho que se tiene contra una persona, sino también al papel o documento con que se justifica este derecho. Los créditos tienen las mismas calificaciones que los acreedores; y así hay créditos quirografarios, créditos hipotecarios, créditos privilegiados, créditos personales"(10). Este concepto de crédito me parece muy acertado y completo, no sólo habla de lo que es el crédito sino también nos indica las partes que intervienen en el mismo como son un acreedor y un deudor, y nos indica los tipos de créditos que se pueden dar como el hipotecario, el quirografario y el privilegiado.

La palabra crédito es muy usada por los comerciantes, así tenemos las siguientes como "use su crédito", "al comprar no traiga dinero use su crédito", lo que significa que el comprador no pagará de contado la mercancía adquirida, sino que se fía al comprador, lo pagará en fecha posterior o bien en abonos mensuales, existe confianza de los comerciantes hacia los compradores en el cumplimiento de la obligación contraída. De esta manera el comprador hace uso de un crédito concedido.

"El maestro Mario Bauche Garcíadiego, en su libro *Operaciones Bancarias*, cita a Gilberto Moreno Castañeda. Quien nos dice que la aceptación más usual de la palabra "crédito" es aquella que se emplea para denotar la confianza a que una persona se hace merecedora por la idoneidad

(10) Escribiche, Joaquín. *Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia*. Tomo I. Ed. Cárdenas. Primera Edición. México 1979. Pág. 207.

de su conducta, por su apego a la verdad, por la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones, por la firmeza en la realización de los propósitos a sí misma impuestos. Por la connotación del término se estrecha -- cuando se aplica al campo de las relaciones jurídicas, y se dice entonces que media el crédito cuando en un contrato bilateral se difiere, en beneficio de una de las partes, el cumplimiento de la obligación" (11).

Considerando lo anteriormente expuesto tenemos que toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, -- por tanto, un plazo, pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste se requiere el transferimiento de la propiedad de un valor económico y el aplazamiento de la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere.

II.2.- Apertura de Crédito.

Estudiamos en primer término el contrato de apertura de crédito que es un contrato básico instrumental del crédito bancario y regulador de una variada serie de operaciones, cuya finalidad inmediata es la puesta a disposición del cliente de fondos del Banco, hasta una cantidad máxima establecida. Aunque el contrato no es una operación exclusivamente bancaria, representa una de las formas de contratación más utilizada para la canalización de recursos de las Instituciones de Crédito.

Por virtud del contrato de apertura de crédito el acreditante -- (que puede ser un Banco) se obliga, dentro del límite pactado y a cambio de una comisión que percibe del acreditado, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que le permitan al acreditado obtenerlo.

(11) Bauche Garcíadiego, Mario. Operaciones Bancarias. Tercera Edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1978. Pág. 27.

Nuestra legislación en el artículo 291 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, contempla esta figura y al respecto nos dice: "En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".

A la obligación de conceder crédito, que pesa sobre el acreditante, se contrapone la obligación del acreditado de abonar la comisión y los intereses pactados. Aquella obligación no ofrece un contenido determinado de antemano, representa una promesa en blanco cuyo contenido se concreta en cada caso por la voluntad del acreditado y a requerimiento suyo. Esta operación de crédito presenta indudablemente ventajas tanto para los acreditados como para el acreditante. Desde el punto de vista del comerciante y del industrial que precisan de una disponibilidad dineraria, esta forma operativa permite una más flexible adaptación al movimiento de su negocio y a sus necesidades de dinero. Como operaciones bancarias de las Instituciones de Crédito, las aperturas de crédito, además de la obtención de importantes beneficios en concepto de intereses y comisiones, hacen posible que los Bancos creen disponibilidad dineraria por encima de la suma total del dinero recibido de los clientes en las operaciones de captación de recursos.

La apertura de crédito es un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino en el sentido del derecho a obtener del acreditante, dinero; otros medios de pago u otras prestaciones que permitan al acreditado a obtener dinero. En este contrato, la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee dentro del límite pactado (disponibilidad) y el derecho de aplazar la restitución dentro del término establecido (crédito en sentido estricto).

Las prestaciones elegidas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan, sencillamente, en ejecución del primitivo contrato concensual de apertura de crédito. Hay un contrato único y va rias prestaciones posibles.

Con esto queda desechada la calificación de la apertura de crédito como un contrato preparatorio de préstamo, que se convierte en tantos contratos definitivos o principales de préstamo cuanto sean los actos de disposición o utilización del crédito concedido. Podríamos admitir esta teoría si el contenido de la obligación consistiera siempre y úni camente en hacer entrega de dinero al acreditado. Pero como ahora vere mos, los actos de utilización de la disponibilidad son de índole muy variada y por tanto imposible de unificar en la figura del contrato pre liminar de préstamo de dinero,

De la misma manera se rechaza la calificación de la apertura de crédito como un contrato principal de préstamo, ya que este contrato real no se adapta a la naturaleza y funcionamiento del contrato de aper tura de crédito, en primer lugar, porque el acreditado está obligado a pagar una comisión aún en el caso de que no reciba del acreditante ninguna cantidad de dinero.

Existen diversas teorías de la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, que la doctrina señala y que a continuación mencio namos: Teoría del mutuo; Teoría del mutuo concensual; Teoría del mutuo depósito; Teoría del contrato preliminar; Teoría del contrato prelimi nar mixto y Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de con tenido complejo.

De todas estas teorías que han sido analizadas una por una por la doctrina, llegando a la conclusión que la mejor de ellas es la teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo. Por lo que consideramos que la apertura de crédito es un contrato pecu liar, no es un préstamo ni una oferta, aunque tiene estrecho parentesco con el préstamo, de modo que sería posible considerarlo como variante de una figura superior común, y que se apega a lo dispuesto por la Ley

de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291 (ya expuesto). Por consiguiente la teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo, menciona que el contrato de apertura de crédito - es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo, en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos, y de contenido complejo, esto es, que produce un doble efecto, el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer) y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.

Efectos en la apertura de crédito.- El acreditante deberá poner a disposición del acreditado la cantidad prevista en la forma convenida y por el tiempo pactado, o bien, asumir la obligación convenida en las circunstancias que se hayan determinado.

Cuando no se deduzca del contrato de un modo directo o indirecto la cuantía del crédito, corresponderá al acreditante fijarla. Artículo - 293 L.T.O.C. "Si en el contrato no se señala un límite a las disposiciones del acreditado, y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina, o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar -- ese límite en cualquier tiempo".

Utilización.- El acreditado tiene derecho a disponer del crédito cobrando su importe en uno o varios pagos o exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas, respecto a la utilización del crédito, debe aclararse que el acreditado no está obligado a usarlo, pero si así se -- pactó, deberá pagar la comisión convenida aunque no disponga de aquél.

Forma en que el acreditado puede disponer del crédito.- Si no se -- ha pactado cosa distinta, el acreditado tiene el derecho de disponer del crédito a la vista, pero si hubo convenio especial, el crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones, con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva. En el primer caso, hablamos de la apertura de crédito simple, a --

que se refiere el artículo 295 de L.T.O.C. "Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato". La segunda forma es la apertura de crédito en cuenta corriente, que se rige por lo dispuesto por el artículo 296 de la L.T.O.C. que dice: "La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor. Son aplicables a la apertura de crédito en cuenta corriente, en lo que haya lugar, los artículos 306, 308 y 309".

El artículo 300 L.T.O.C., indica en qué forma el acreditado debe hacer la devolución del crédito concedido, así tenemos que: "Cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto dentro del mes que siga a la extinción de este último. La misma regla se seguirá acerca de los premios, comisiones, gastos y demás prestaciones que corresponda pagar al acreditado, así como respecto al saldo que a cargo de éste resulte al extinguirse el crédito abierto en cuenta corriente".

Comisión que debe pagar el acreditado por el crédito concedido. Normalmente el acreditado debe pagar una comisión total sobre el importe del crédito que se le concede, el artículo 292 de la L.T.O.C., dice: "Si las partes fijaron límite al importe del crédito se entenderá, salvo pacto en contrario, que en él quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado".

Garantía.- El acreditado debe otorgar garantía real o personal, a favor del acreditante, para garantizar el crédito concedido a su favor, al respecto el artículo 298 de la L.T.O.C. dice: "La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito".

Obligaciones del acreditante.- La obligación que el acreditante contrae es de tener fondos a disposición del acreditado se concreta, y conforme a lo previsto en el contrato, en alguna de las prestaciones siguientes:

- 1.- Entrega en efectivo de las cantidades que solicite el acreditado dentro del límite convenido.
- 2.- Pago en nombre y por cuenta del acreditado de deudas contraídas por éste (recibos, facturas).
- 3.- Pago de cheques que el acreditado le gire (la provisión de fondos va implícita a la disponibilidad que nace del contrato de apertura de crédito).
- 4.- Descuento de letras de cambio que el acreditado le presente como tomador.
- 5.- Para permitir realizar por medio de letras el pago del precio - de la compra de mercancías, o para cualquier otra finalidad similar.
- 6.- Constitución de fianza a favor del acreditado, sea bajo la forma de depósito de garantía, sea bajo la forma específica del --aval, garantizando el pago de las letras libradas o aceptadas - por el acreditado.
- 7.- Otorgamiento al acreditado de la prórroga de una deuda vencida.
- 8.- Facilitando al acreditado una carta de crédito.

El contrato de apertura de crédito puede prever otras formas de utilización de la disponibilidad y del crédito pactados. Las enumeradas anteriormente no tienen por consiguiente carácter limitativo .

Obligaciones del acreditado.- La obligación típica del acreditado consiste en pagar la comisión pactada como contraprestación de la -concesión de crédito. La comisión representa así el precio de la disponibilidad creada por el acreditante a favor del acreditado.

En este sentido puede considerarse que la disponibilidad consti-

tuye un valor autónomo objeto de cambio. La utilización del dinero disponible es una facultad del acreditado que, en caso de ejercitarse, tendrá como consecuencia el devengo de los intereses establecidos los que serán el precio de los concretos actos de disposición efectuados.

Una vez que el acreditado ha hecho uso del crédito abierto, la -- disponibilidad se concreta en diversas formas de disposición y, en cierto modo, cambia la posición de las partes en el contrato. Así, el acreditante que era, si se nos permite la expresión, "deudor de crédito", - pasa a ser "acreedor de dinero" respecto de las cantidades utilizadas e intereses devengados. De la misma manera se invierte la posición del -- acreditado.

El acreditante conserva, por supuesto, su posición deudora mien-- tras el acreditado no utilice la totalidad del crédito concedido o si, una vez agotado, realiza ingresos que le permitan recuperar su disponibilidad.

El contrato de apertura de crédito se puede clasificar: a). Por el objeto: de dinero y de firma; b). Por la forma de disposición: simple y en cuenta corriente. De estas clasificaciones nos habla el maestro Cervantes Ahumada, y al respecto nos dice: a).- Si atendemos al objeto del contrato de apertura de crédito, diremos que la apertura de crédito es de dos - clases: de dinero y de firma. Será apertura de crédito en dinero cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma - determinada de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados; y será apertura de crédito de firma, cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de éste una obligación. Es el caso en que el acreditante, por ejemplo, se obliga a aceptar documentos por cuenta del acreditado, a prestar su aval, etc. En estos casos el acreditado, si no se ha convenido lo - contrario, estará obligado a proveer al acreditante de las sumas necesarias para hacer el pago, a más tardar el día hábil anterior a la fecha del vencimiento de la obligación respectiva (art. 297)".

"b).- La apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente. Es simple, cuando el crédito se agota por la simple disposición que de él haga el acreditado, y cualquiera cantidad que éste entregue al --

acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado. Por ejemplo: se pactó una apertura de crédito por \$ 10,000.00; de los cuales podría disponer el acreditado dentro del término de un año, para pagar el importe de cada disposición 90 días después de hecha ésta, el acreditado dispone de la totalidad del crédito en los primeros tres meses, y paga - en la forma convenida, a los 90 días. El contrato habrá terminado por extinción del crédito, ya que el acreditado dispuso de la totalidad del -- mismo".

"En la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado. Por ejemplo: se pactó una apertura de crédito por \$ 10,000.00, por el término de un año, en cuenta corriente; el acreditado dispone el primer mes de los diez mil pesos, y al mes siguiente abona ocho mil pesos; podrá volver a disponer de éste último saldo, y así podrá ir haciendo sucesivos abonos y disposiciones, hasta que se termine el contrato por expiración del término. Esta es, en la práctica, la forma más usual del -- contrato de apertura de crédito" (12). Las diferentes instituciones bancarias utilizan este tipo de contrato de apertura de crédito en cuenta - corriente, para sus tarjetas de crédito bancarios.

Estas clasificaciones del contrato de apertura de crédito no son más que una consecuencia lógica del concepto que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, nos menciona en el artículo 291 (ya citado).

Extinción del contrato.- Las causas de extinción del contrato pueden estar o no previstas en el contrato. Generalmente las pólizas de crédito bancario prevén los casos de vencimiento del plazo y la revocación unilateral (el derecho de denuncia del contrato se suele estipular a fa-

(12) Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 248.

vor del Banco en tales términos que no tenga que invocar justa causa para ejercerlo). Inminentemente ligado al vencimiento del plazo está el problema de las prórrogas y renovaciones de la operación, cuyos conceptos conviene distinguir. La prórroga supone una ampliación del plazo -- primitivo acordada antes del vencimiento de éste. La renovación implica la fijación de un nuevo plazo de vencimiento pactado después de vencer el plazo originario. En el primer caso puede subsistir el contrato primitivo. En el segundo caso estamos en presencia de un contrato primitivo. Esta distinción tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo en el supuesto, que es lo más frecuente, que la apertura de crédito se haya garantizado de alguna manera. Así en el caso de intervención de fiadores, en el caso de suspensión de pagos o quiebra del acreditado, - el crédito del Banco se retrotrae a la fecha de la primera o de la segunda póliza, según se trate de prórroga o renovación. Dentro de este orden de ideas cabe señalar la tendencia de los Bancos a efectuar prórrogas en lugar de renovaciones del crédito con el fin de evitar los inconvenientes de las primeras.

Entre las causas no voluntarias de extinción del contrato, derivadas del carácter personalísimo y de confianza que tiene esta relación, son de mencionar: la muerte, interdicción, inhabilitación e incapacidad en general de uno de los contratantes (o la disolución de la sociedad - si se trata de persona jurídica).

C A P I T U L O I I I

LA FIANZA EN NUESTRO SISTEMA

III.1.- *La Fianza Civil.*

III.2.- *La Fianza Mercantil.*

III.3.- *La Fianza de Empresa.*

C A P I T U L O I I I .

LA FIANZA EN NUESTRO SISTEMA.

III.1.- La Fianza Civil.-

La fianza es una seguridad personal, el acreedor en vez de correr el riesgo de la insolvencia de su deudor, hace añadir a su deudor otro deudor accesorio, y aumenta sus posibilidades de pago, será más difícil que dos personas queden en la insolvencia a que una de ellas quede en ese estado, y el acreedor puede cobrar de cualquiera de los dos o de ambos. La fianza, en realidad, no elimina esos peligros de las enajenaciones no fraudulentas, de las enajenaciones ilícitas del deudor, ni tampoco elimina la posibilidad de que el deudor multiplique sus obligaciones aumentando sus deudas.

Concepto.- El artículo 2794 del código civil, define la fianza diciendo que "es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

Existe una crítica a la definición que nuestra legislación da, por el maestro Rojina Villegas, diciendo que es incompleta porque no hace mención al carácter accesorio de la fianza, lo cual es fundamental en las relaciones jurídicas que engendra, además de que no precisa que es lo que se obliga a pagar el fiador en caso de incumplimiento del deudor, de acuerdo con lo anterior define la fianza como: "un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior, en

"igual o distinta especie, si éste no lo hace" (13). Lo expuesto por el maestro, me parece acertado en virtud de que la fianza al igual que la prenda y la hipoteca pertenecen a los contratos que tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía; es un contrato que garantiza el cumplimiento de una obligación principal, la garantía consiste en un nuevo deudor que se agrega al anterior.

El contrato de fianza, por tanto, se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor, este no es parte en el contrato de fianza, el contrato se celebra entre un acreedor y un tercero, que es el fiador. El tercero se compromete, se obliga frente al acreedor a pagar en defecto del deudor si el deudor no cumple. Entonces el fiador pagará, cumplirá por el deudor.

Clasificación del contrato.- Es Accesorio; esta es la característica fundamental, todos los de garantía son accesorios. No podemos -- concebir la existencia de lo accesorio sin que exista lo principal, ya existente o que puede nacer, cualquiera que sea la fuente de dicha --- obligación, puesto que la obligación principal puede dimanar de la ley, de una resolución judicial, de una declaración unilateral de voluntad o de otro contrato.

Es consensual; el artículo 1832 del código civil, dice; "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". Esto es que no está sujeta a formalidades especiales y obliga por el mero consentimiento de las partes.

[13] Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil Contratos. -- Tomo IV, Ed. Porrúa, S.A. Sexta Edición. México 1975.- Pág. 328.

Es Unilateral. El artículo 1835 dispone: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada". Porque en un principio el único que queda obligado al tiempo de su celebración es el fiador. Aunque puede ser bilateral cuando es a título oneroso.

Es gratuito. El artículo 1837 dice: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito -- aquel en que el provecho es solamente una de las partes". Porque el -- fiador obra generalmente con el fin de favorecer al deudor, pero puede estipularse en el contrato una remuneración para el fiador, en cuyo caso debemos entender que estamos en presencia de un contrato bilateral a título oneroso y así mismo conmutativo puesto que las prestaciones -- ya son ciertas desde que se celebra el contrato de fianza, así lo dispone el artículo 1838: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben a las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste".

Los elementos personales del contrato de fianza civil, o sean -- las partes que celebran y concluyen un contrato de fianza son el acreedor y el fiador. Ambos sólo necesitan la capacidad general para contratar prevista en el artículo 1792 del Código Civil que dispone: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones", no siendo ni siquiera necesario que el fiador acredite su solvencia, lo que en todo caso deberá preveer el -- acreedor, podría pensarse que esto es un absurdo, pues hablamos de garantía personal, pero lo cierto es que respondiendo el fiador con todo su patrimonio, la insolvencia puede ser un estado transitorio, conservando el acreedor el derecho de perseguir a su fiador cuando éste tenga bienes; artículo 2964 del código civil: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables".

La fianza supone la existencia de una relación jurídica entre -- el deudor y el acreedor, misma que se viene a garantizar con una nueva

obligación, enteramente distinta a aquella, y la cual se integra por una relación jurídica entre fiador y acreedor, que es quien tiene el derecho de aprovecharse de esa obligación accesoria y por su parte - el fiador sólo se obliga frente al acreedor.

Los elementos formales del contrato de fianza civil, si no -- existe disposición jurídica que establezca alguna formalidad para el contrato de fianza, como de hecho no lo hay debemos decir que el contrato de fianza es consensual, como se deduce en el artículo 1832: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

Elemento Real de la fianza.- Es la obligación fiadora. La obligación que se garantiza accesoriamente con la fianza, se denomina obligación principal.

Especies de Fianza.- Dispone el artículo 2795: "La fianza -- puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso".

Fianza Legal.- La fianza es legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la ley, ésta establece infinidad de casos - en los que obliga a una persona a dar fiador; un tutor, por ejemplo: que va a entrar en la administración de los bienes del pupilo, debe - dar fiador, fianza, para asegurar la responsabilidad en que puede incurrir con motivo del manejo de los fondos que va a tener a su cuidado.

Fianza Judicial.- Esta ya es más difícil, no he encontrado el ejemplo, la definen los tratadistas como aquella a que condena el - - juez o un tribunal, pero digo, la fianza judicial se confunde con la fianza legal, el juez no puede condenar a una persona a dar fiador si esa obligación no existe en la ley, luego toda fianza judicial es legal. Quizá debemos entender que es la que se ha constituido por la intervención o mandato del juez. Toda fianza judicial es legal, pero no

toda fianza legal es judicial.

Fianza Convencional.- O sea aquella cuya obligación de otorgamiento deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o a la que voluntariamente contratan acreedor y fiador, aunque no se haya pactado otorgamiento en el contrato principal.

Fianza Gratuita.- Cuando el contrato es unilateral, cuando sólo el fiador se obliga. Artículo 1837 del código civil (ya citado).

Fianza Onerosa.- Es aquella en la que el fiador recibe por su obligación, una contraprestación del deudor principal. Artículos 1837 primera parte y 1838 primera parte también (ya citados).

Capacidad para celebrar el contrato de fianza.- La regla general es que todas las personas son hábiles para celebrarlo, van a contraer una obligación de pagar, pero no contraen esa obligación respecto de cierto bien determinado. Por eso no necesitamos una especial capacidad de disposición, basta la capacidad general porque vamos a ver que la ley exige ciertos requisitos para ser fiador. Si la función del fiador es precisamente cumplir por el deudor si éste no lo hace, la ley dice: estos son los requisitos para ser fiador: 1o.- Que sea capaz; 2o.- Que esté domiciliado en el lugar; 3o.- Que tenga bienes suficientes. Sin embargo, existe alguna excepción que establece el código civil. Hay ciertas incapacidades para celebrar el contrato de fianza. Dice el artículo 174: "Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración. - Art. 175: "También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean del interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad. La autorización en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, no concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o

de uno de los cónyuges."

La mujer casada no puede ser fiadora de su marido, hay una incapacidad. Excepción a esa incapacidad; sólo puede ser fiadora sin necesidad de obtener autorización judicial cuando la fianza es para que el marido obtenga la libertad.

Obligaciones que pueden ser garantizadas con fianza.- Hemos visto que pueden ser garantizadas obligaciones presentes, líquidas, modales sujetas a plazo o a condición, futuras, basta con que haya una esprectativa de obligación para que pueda constituirse la fianza. Además Esta puede ser constituida no sólo para garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor principal, sino que, como dice el artículo -- 2796: "La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga". Un fiador puede ser fiador de otro fiador, entonces toma el nombre de "cofiador", el deudor no es parte, esa es la razón del artículo, pero los efectos son diferentes. Vamos a ver cómo si el fiador - cumple por el deudor y éste ha prestado su consentimiento, tiene ciertas acciones el derecho de repetir contra el deudor principal por determinadas cosas. Las primeras relaciones que tenemos que estudiar son las de los contratantes, fiador y acreedor. Luego las relaciones entre fiador y deudor que no ha sido parte en el contrato de fianza, sin embargo, ese contrato produce efectos en relación con el deudor principal.

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

a dar fiador, poco importa que la fuente de su obligación sea la ley o un convenio.

Artículo 2803 dispone: "En las obligaciones a plazo o de prestación periódica, el acreedor podrá exigir fianza, aun cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes, o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago". Establece este artículo en términos generales, cuando puede exigirse una fianza, queda obligado no por convenio, sino por disposición de la ley el deudor a dar fiador.

Efectos de la fianza.- Vamos ahora a estudiar los efectos del contrato: 1o.- Entre los contratantes, (y éste es el orden que sigue nuestro código civil) los efectos que produce la fianza entre los contratantes; 2o.- Las relaciones, o sean los efectos que produce la --- fianza entre el fiador y el deudor que no es parte en el contrato; -- y 3o.- Por último estudiaremos los efectos o las relaciones que se establecen cuando yan pluralidad de fiadores.

Relaciones entre fiador y acreedor.- Vamos a referirnos a los-- efectos del contrato de fianza entre los contratantes. La obligación fundamental del contrato de fianza es que el fiador cumpla por el deudor si este no lo hace. Es decir, la obligación del fiador lo es sólo en defecto del cumplimiento del deudor principal, esto es lo normal, - el fiador no puede ser compelido a pagar ni puede ser demandado antes de que sea demandado el deudor, porque el fiador es un deudor accesorio, es un deudor que va a cumplir a falta del cumplimiento del deudor principal.

Beneficios del fiador.- Normalmente son dos, el de orden y el - de excusión, cuando hay pluralidad de fiadores hay otro, el de divi--sión. Vamos a referirnos a esos beneficios.

Beneficio de Orden.- Dice el artículo 2814 del código civil; "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previa---mente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes".

El fiador, no lo olvidemos, se ha obligado frente al acreedor a cumplir con la obligación del deudor si éste no cumple, es un deudor - accesorio que sólo cumple la falta del cumplimiento del deudor principal, por regla general, el fiador no puede ser obligado a cumplir antes que el deudor, por eso goza de esos beneficios. Beneficio de orden, no puede ser demandado sin que antes, dice el artículo, sea reconvenido el deudor, sin que previamente sea demandado el deudor principal. - Si el fiador es perseguido por procedimientos judiciales por el acreedor, puede excepcionarse, oponer al acreedor el beneficio de orden.

"En relación con este mismo beneficio de orden, cabe advertir que el requerimiento judicial de pago contra el deudor principal debe haberse hecho por el acreedor dentro de un mes contado a partir del vencimiento de la obligación principal o de la fecha en que ésta se haya hecho exigible, ya que la omisión de tal requerimiento judicial dentro de dicho plazo extingue la obligación del fiador (2848 y 2849)" (14).

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

El beneficio de excusión, en realidad, es una excepción dilatoria, no va al fondo del asunto, simplemente detiene el procedimiento -- del acreedor. No puedes compelirme a pagar, no puedes tomar mis bienes y pagarte la deuda, tienes que hacer primero eso con los bienes del -- deudor. Vamos a ver como puede el fiador oponer esos beneficios. Artl-

(14) Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Sexta Edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1982. Pág. 396.

culo 2817: "Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes: I.- Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago; II.- Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago; III.- Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión". En esto se funda la consideración de que es una excepción en primer lugar; en segundo que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago. Esta fracción necesita explicarse porque dice algo inexacto, basta con que el fiador señale ciertos bienes, cosas, el acreedor deberá tomar lo que haya y sólo perseguirá al fiador por el exceso. Pero si el fiador tiene que designar todos los bienes, en la mayoría de los casos no podrá oponer este beneficio si señala que no son suficientes, el fiador podrá ser perseguido por el acreedor, pero sólo por el exceso. Añade todavía la fracción; esos bienes deben encontrarse... "Dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago". Porque el acreedor no debe andar buscando bienes en todos lados, ni debe hacer todos los gastos que implicaría perseguir esos bienes, es necesario que los bienes estén en el distrito judicial donde se promueva, porque el fiador queda domiciliado al lugar de donde es competente el juez, artículo 2802.

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

Beneficio de División entre los Fiadores.- Por último, declamos, que el fiador tiene otro beneficio más que es el de división, pero este beneficio no se aplica contra el acreedor, sino que se aplica sólo habiendo pluralidad de fiadores.

Debemos precisar bien lo anterior, dispone el artículo 2827: - "Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos (los fiadores frente al acreedor, son solidariamente responsables; todos, cada uno de ellos, responde por la totalidad de la deuda, no habiendo convenio en contrario) pero si sólo uno de los -- fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defien dan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio". Si, entre ellos, pero no frente al acreedor, puesto que éste puede cobrar de cualquiera de ellos la totalidad. Puede cobrarles a todos sin perjuicio de las relaciones que haya entre fiadores, que ya están -- regidas por el capítulo correspondiente, en el que se dice, artículo -- 2837: "Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una -- misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar lo dispuesto -- en este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso".

Añade el artículo 2839: "El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores: I.- Cuando se renuncia expresamente; II.- Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente por el deudor; III.- Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos 2o. y 3o. del artículo 2837; IV.- En caso de la fracción IV del artículo 2816 (cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propia del fiador); V.- Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en -- alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo 2816".

Artículo 2840: "El fiador que pide el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aún por esa misma insolvencia, -- si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame". Luego el beneficio de división no se opone al acreedor,

es un beneficio entre fiadores, y hay que aclararlo muy bien. Este beneficio debe ser renunciado por los fiadores entre sí, no en sus relaciones con el acreedor, puede haber un convenio que autorice esto (Art. -- 2827 ya citado en la página 66); luego, pudieran muy bien los fiadores convenir con el acreedor en dividir la deuda, pero no es un beneficio de división que corresponda a los fiadores, es el resultado de un convenio (mancomunidad).

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

Efectos de la Fianza entre el Fiador y el Deudor.- La fuente de la obligación o de las relaciones entre ellos son extracontractuales. -- Debemos considerar dos situaciones: 1a. El deudor ha consentido en el -- otorgamiento de la fianza, en este caso podemos decir que el fiador ha obrado por cuenta de Este, es decir, desempeña el papel de un mandata-- rario. 2a. El deudor no ha consentido en el otorgamiento de la fianza, en -- tonces diremos que la fuente de la obligación de su responsabilidad -- frente al fiador deriva de una gestión de negocios, el fiador ha sido -- un gestor que ha desempeñado un negocio de manera útil. De cualquier ma -- nera independientemente de esto, el fiador que ha pagado tiene relacio -- nes contra el deudor porque se subroga por ministerio de ley en los cré -- ditos del acreedor que ha sido pagado por el fiador.

De aquí que, para estudiar, de una manera ordenada las relacio -- nes o efectos que produce la fianza entre fiador y deudor sea necesario colocarnos en dos momentos, antes de que el fiador haga el pago, y des -- pués de que ha hecho el pago.

Antes del Pago.- Las relaciones que se establecen entre fiador -- y deudor antes de que el fiador realice el pago, son relaciones excep -- cionales y a ellas se refiere el artículo 2836 del Código Civil: "El --

fiador puede aún antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza; I.- Si fue demandado judicialmente por el pago: (poco importa que el fiador haya renunciado a los beneficios de orden y excusión, porque la renuncia aprovecha al acreedor, pero no al deudor, por tanto, el fiador puede hacer llamar a juicio al deudor principal, puede exigirle que garantice de alguna manera el pago para evitar la responsabilidad propia, o que le releve de la fianza, que tenga un convenio con el acreedor para relevarle, independientemente de -- que haya habido pacto entre fiador y deudor); II.- Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente; III.- Si pretende ausentarse de la República; IV.- Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido; V.- Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo". Estas relaciones que se establecen entre fiador y deudor antes de que éste haga el pago, se establecen por lo inmediato en que se encuentra el fiador de hacer el pago, porque el deudor sea perseguido judicialmente o concurren ciertas circunstancias que hacen presumir al fiador que sea muy difícil cobrarle al deudor, por ejemplo: que éste amenace llegar al estado de insolvencia o pretenda ausentarse del país; que la deuda se haga exigible o, por último, se haya obligado respecto del fiador a relevarle de la fianza y ha transcurrido el plazo. Este pacto no importa al acreedor, ha contado con una seguridad personal, la del fiador, y -- por lo tanto los pactos que celebren fiador y deudor no pueden afectarlo.

Relaciones que se establecen entre Fiador y Deudor cuando aquel ha pagado.- Dispone el artículo 2828 del Código Civil: "El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiera otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor". Recuerden ustedes lo que el artículo 2796 dispone: "La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga". Ahora bien,

respecto a los efectos que se establecen entre fiador y deudor, es preciso distinguir, por una parte, si el deudor ha consentido en la constitución de la fianza o si, por lo menos la ha ignorado; por otro lado, - si el deudor expresamente se opuso a la constitución de la fianza. En los dos casos las acciones que tiene el fiador contra el deudor, son -- distintas en el primero (consentimiento o ignorancia del deudor), el fiador debe ser indemnizado, no debe lucrar el fiador con el otorgamiento de la fianza. Nuestro Código Civil no se refiere al lucro del fiador, - que en el artículo 2811 determina: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las ex- - tiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la - - prensa o por cualquiera otro medio, y que no empleen agentes que las -- ofrezcan". A la Ley Federal de Instituciones de Fianzas remite expresamente el Código Civil, ya que el artículo 2811 del Código Civil queda - sin aplicación, porque no se aplican, por lo menos en gran aspecto, las disposiciones del derecho común respecto a las fianzas que otorgan las compañías que tienen concesión para otorgar fianzas bajo forma de pólizas. Si bien el fiador no debe obtener ningún beneficio, tampoco debe - perder, por eso la razón del artículo 2828; pero si el deudor se opuso a la fianza, a su constitución el fiador sólo puede reclamarle aquello que haya beneficiado al deudor.

El artículo 1903 dispone: "El dueño de un asunto que hubiere - sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes: 1905-"Es gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha -- del beneficio de la gestión, tiene la obligación de pagar a aquél el im- - porte de los gastos, hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impues- - to en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos". Comparen estos artículos con la parte final del artículo 2828. De aquí esa semejanza que he encontrado respecto de la fuente de la obligación del deudor frente al fiador, que no es otra que la ges- -

ción de negocios.

Admitido pues, que la regla general es que el fiador debe ser indemnizado por el deudor de lo que ha pagado, el artículo 2829 viene a -- enumerar precisamente qué cosas puede reclamarle el fiador cuando ha pagado por él: "El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste: I.- De la deuda principal; II.- De los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere -- obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor; III.- De los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago; IV.- De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa -- del deudor". La ley con estas fracciones, quiere lo siguiente: que el -- fiador sea indemnizado completamente de todo daño, de todo perjuicio. Incluso establece que cuando el fiador ha pagado, ese pago es productivo -- de intereses a cargo del deudor (precisamente el interés legal del 9%, -- este es el interés civil, el mercantil es del 6%), aun cuando el deudor no estuviere obligado frente al acreedor a pagar intereses, porque el -- fiador debe ser indemnizado de los daños que ha sufrido.

El fiador tiene dos acciones fundamentales en contra del deudor: una acción personal que la deriva precisamente del contrato de fianza celebrado con el acreedor, no con el deudor; esa es la acción personal. -- Por ella el fiador puede cobrar intereses, puesto que la acción la dan -- los artículos 2828 y 2829, cuando dispone que el fiador que paga debe -- ser indemnizado por el deudor principal. Pero además de ésta, el fiador tiene otra acción, una acción oblicua en contra del deudor principal, -- que es acción de subrogación legal, puesto que por ministerio de ley, el fiador que paga queda subrogado en el crédito del acreedor al que ha ga-- rantizado, y queda también como titular de las garantías que tuviere ese crédito. Esta acción oblicua o acción de subrogación la encuentran uste-- des en el artículo 2830 que dice: "El fiador que paga, se subroga en to-- dos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor". 2831: "Si el -- fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor si no lo que en realidad ha pagado". Ya señalábamos que únicamente puede reclamar lo que ha pagado, es decir, el fiador debe ser completamente de-- sinteresado, completamente indemnizado por parte del deudor, pero no debe obtener un beneficio por la fianza.

Pero puede suceder que el fiador haga pago al acreedor sin notificar ese pago al deudor y este pudo haberse defendido, el deudor principal no debe quedar a merced del fiador por haber pagado este último al acreedor sin haber notificado al deudor. Al respecto el Código Civil -- aclara expresamente eso en los siguientes artículos 2832, 2833, 2834 y 2835 que disponen, respectivamente y por su orden lo siguiente:

"Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago".

"Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor". (En virtud de enriquecimiento sin causa).

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

"Si la deuda fuere a plazo o bajo condición, y el fiador la pague antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor si no cuando fuere legalmente exigible"

Extinción de la Fianza.- La fianza se extingue de dos maneras -- principales: por VIA PRINCIPAL, como se extingue cualquiera obligación, y por VIA DE CONSECUENCIA. Esta vía está motivada única y exclusivamente en el carácter accesorio del contrato: no podemos suponer la existencia de lo accesorio sin suponer la existencia de lo principal, extinguida la obligación principal tiene que extinguirse también la accesorio. Pero, - además de estas dos formas generales de extinción de la fianza, por vía principal y por vía de consecuencia, nuestro código menciona otros casos que llamaremos para el efecto de la exposición CAUSAS ESPECIFICAS de terminación de la fianza.

Causas Específicas de terminación de la Fianza.- Las señala el Código Civil en los artículos del 2845 al 2849, inclusive. 2845: "Los fiadores aun cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor". Esta es una causa específica de terminación de obligaciones.

Artículo 2846: "La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza". La extingue sencillamente porque el fiador se comprometió a responder por la obligación X, y esta obligación ha sido modificada sin consentimiento del fiador, en estas condiciones, esa obligación pudo haber sido, incluso extinguida por novación si entraña una modificación substancial.

Artículo 2847: "La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones". Si la deuda principal era de \$ 11,000.00 y se hace una quita de \$ 1,000.00 y queda en \$ 10,000.00, la fianza se reduce porque el fiador no se puede obligar a más que el deudor principal. Y añade el artículo "...y la extingue, etc.". Misma razón, esa obligación ha sido modificada sin consentimiento del fiador, pero con la sola quita no hay extinción, se debe extinguir si al haber la quita se impone un gravamen u otras condiciones.

Artículo 2848: "El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor". Aquí tienen ustedes un caso en que, a pesar de que hay plazo, éste no es extintivo, en la fianza hay un plazo de gracia especial de un mes (se vence el plazo y el fiador sigue obligado por ese mes), siendo libre el fiador en las condiciones estipuladas por el artículo.

Artículo 2849: "Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación".

Resumiendo: Causas específicas de la extinción de la fianza.

1a.- Negligencia, en términos generales, del acreedor, impide por su mala fe, negligencia o dolo que el fiador se subroge en las seguridades privilegiadas o hipotecas que correspondan. 2a.- Modificación de la obligación. 3a.- Que habiendo plazo el acreedor sea negligente en promover judicialmente contra el deudor principal, o que, al no haber plazo, el acreedor también sea negligente porque al volverse la deuda exigible tiene un plazo de un mes para promoverlo.

III.2.- La Fianza Mercantil.

La fianza mercantil existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil, o bien cuando es una fianza de empresa, es decir, la que es otorgada por una institución de fianzas dedicada a este tipo de negocios con autorización (ahora concesión según reforma del 31 de diciembre de 1981, a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) y bajo el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La fianza mercantil puede ser un contrato o una declaración unilateral de voluntad, que es lo que ocurre en las pólizas que expiden las instituciones de fianzas.

La fianza era en el derecho mexicano una operación típicamente civil, sin que hubiese alguna referencia a ella en el Código de Comercio ni en la legislación especial. Fue la Ley de Instituciones de Fianzas de 1943, la que vino a cambiar radicalmente esta situación, al establecer que las operaciones que se practiquen por las instituciones de fianzas, se considerarán mercantiles para ambas partes. De aquí se deduce que desde 1943, hay dos ordenamientos jurídicos para el contrato -

de fianza, el civil y el mercantil, que recibirá este especial calificativo cuando se trate de fianza onerosa practicada por empresa.

Así, pues, la fianza será mercantil cuando sea realizada por una empresa dedicada a ello, lo que implica el concepto de onerosidad, pues ninguna empresa podría dedicarse profesionalmente a dar fianzas gratuitas.

La fianza mercantil constará necesariamente en póliza lo que se excluye para la fianza civil, los modelos de estos documentos deberán ser aprobados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Así, tenemos que, la fianza mercantil es una fianza de empresa, y nuestro siguiente subtema es precisamente la fianza de empresa, no analizo más características de la fianza mercantil en virtud de que las analizaremos en la fianza de empresa.

III.3.-La Fianza de Empresa.

Por la sencillez de su contratación y por no implicar un gravámen directo sobre un bien determinado del patrimonio del garante, la fianza se siguió y se sigue utilizando enormemente en las relaciones jurídicas. La negativa que existía para constituirse fiador, se haya pensando en la posibilidad de crear, como de hecho se crearon, empresas dedicadas específicamente a expedir en forma habitual y profesional este tipo de garantías, a título necesariamente oneroso, que por su misma especialidad pudiesen seleccionar a sus fiadores, controladas para evitar su insolvencia y dotadas de los privilegios necesarios para impedir que los deudores rehuyesen sus obligaciones de reebolso, obligándolas así mismo a constituir reservas suficientes para hacer frente a sus obligaciones.

Nacen así las compañías afianzadoras o empresas afianzadoras, -

que expiden las llamadas, por su extensión, fianzas de empresa, cuyas características jurídicas analizaremos en este capítulo, pero sin estudiar, pues no es el objeto de este trabajo, el aspecto operativo de las propias compañías afianzadoras.

Concepto.- Podemos decir que la fianza de empresa es aquella que son "Las otorgadas por las sociedades legalmente autorizadas (hoy concesionadas según reforma del 31 de diciembre de 1981, a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) para garantizar a título oneroso, personal y profesionalmente, las deudas ajenas"(15).

Del concepto expuesto, podemos deslindar que esencialmente la fianza de empresa responde al mismo concepto del derecho civil, es decir, las consecuencias jurídicas que produce y su elemento real son idénticos, de otra suerte no podríamos de hablar de fianza, sino de otra figura distinta, y en consecuencia le son aplicables los elementos definitorios que indicamos para la fianza civil.

La fianza de empresa tiene su fuente, en una declaración unilateral de voluntad de la empresa afianzadora, hecha al emitir la póliza, y en ejecución de la obligación contraída, en ese sentido, en el contrato solicitud. Dicha declaración unilateral de voluntad da nacimiento a una obligación abstracta, lo que explica la inoponibilidad hacia el acreedor de excepciones derivadas del contrato solicitud.

(15) Ruiz Rueda, Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Código de Comercio. México 1960. Pág. 119.

Visto lo anterior estudiaremos los elementos personales, formal y real de la fianza de Empresa.

Elementos personales de la Fianza de Empresa.

1.- La Empresa Afianzadora, cuyas características deben de ser, una sociedad mercantil de la especie de la anónima y de nacionalidad mexicana (artículo 1o. y 3o. de la L.F.I.F. y 1o. fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

2.- El beneficiario de la póliza, que es necesariamente el acreedor de la obligación principal garantizada.

3.- Tener concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para operar como empresa afianzadora (artículo 1o. y 2o. de la L.F.I.F.).

Elementos formales de la Fianza de Empresa.

La fianza de empresa es formal, debe constar por escrito en pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como los de ampliación, disminución, prórroga, avalúo de aceptación y otros documentos de modificación. El beneficiario para ejercitar su derecho, debe comprobar por escrito que la póliza le fue otorgada (artículo 117 de la L.F.I.L.).

Elemento Real de la Fianza de Empresa.

Es como en el caso de la fianza civil, la obligación principal entre acreedor y deudor, que se garantiza en forma accesorio.

Efectos acreedor-fiadora.- Cuando hablamos de la fianza civil - dijimos que los efectos de la fianza entre acreedor y fiador eran dos: uno, la obligación del fiador de pagar al acreedor en caso de incumplimiento del deudor, y correlativamente es obvio el derecho del acreedor

de exigir el cumplimiento de esa obligación y el otro consiste en la obligación del acreedor de pagar el estipendio convenido en el caso de la fianza onerosa. Debemos recordar que, entonces, dijimos que los efectos mencionados eran los que brotaban directamente de la fianza, esto es, del contrato de la fianza civil, puesto que los otros efectos tienen una fuente muy diversa.

Partiendo de la teoría que hemos sustentado sobre la fuente de la obligación fiadora, podemos concluir que el único efecto que produce la fianza de empresa entre fiador y acreedor, es el de generar una obligación a cargo de la afianzadora de pagar por el deudor principal-fiado, en caso de que este no lo haga.

Las características de la obligación fiadora en la fianza de empresa, son esencialmente iguales a las de la fianza civil, con algunas variantes que enseguida señalamos.

Destaquemos, antes, un punto importante, al hablar de la abstención de la obligación fiadora de empresa del contrato solicitud, indicamos que ello afectaba solo a las excepciones derivadas de dicho contrato, de modo que la afianzadora está impedida de oponerlas al acreedor o beneficiario, pero, y por la accesoriedad de la fianza de empresa, todas las demás excepciones, que al hablar de la fianza civil señalamos como oponibles al acreedor, pueden hacerse valer por la afianzadoras. Artículo 113 de la L.F.I.F.

No obstante, la afianzadora no podrá oponer o hacer valer ante el acreedor o beneficiario, los siguientes beneficios:

Ni el de orden, ni el de excusión, de los que, por disposición legal, carecen las empresas afianzadoras, artículo 118 de la L.F.I.F.

Es conveniente señalar otra diferencia y es que, las empresas afianzadoras pueden, cuando se haya garantizado obligaciones principales que tengan por objeto ya sea un dar ya sea un hacer, sustituirse -

al deudor principal en el cumplimiento de ellas, sea por sí mismas, sea a través de la constitución de un fideicomiso. Es importante este aspecto (previsto por el artículo 121 de la L.F.I.F.), ya que las empresas afianzadoras siempre garantizan, o más precisamente, se obligan a pagar una suma de dinero, para el caso de que el deudor no preste la cosa o no realice el hecho al que se obligó, esto es, que la posibilidad prevista en el artículo 2800 del código civil, es la regla en la fianza de empresa.

Ahora bien, en tales circunstancias, el objeto de la obligación fiadora es un dar, pero resulta que, por virtud del beneficio de sustitución, la empresa afianzadora puede optar ya sea por pagar la suma a la que se obligó, o por cumplir por el deudor, sustituyéndose a éste, - no obstante que ello implique ya no un dar sino un hacer.

Por último, consideremos pertinente señalar, que el acreedor o beneficiario que no sea ni "la federación, ni los estados, ni los municipios, ni el distrito federal", tiene que seguir, para exigir a la fiadora el cumplimiento de su obligación como tal, el siguiente procedimiento.

1.- Requerir extrajudicialmente, por escrito, a la afianzadora y precisamente en su oficina matriz o sucursales, para que cumpla su obligación, disponiendo para ese efecto la afianzadora de un plazo de sesenta días hábiles, sea para hacer el pago, sea para negarlo artículo 93 y 95 a contrario sensu de la L.F.I.F.

2.- Transcurrido ese lapso, si la afianzadora o bien ha contestado oponiéndose al pago, o simplemente no ha pagado, sin contestar el requerimiento, el beneficiario debe acudir a juicio demandando a la fiadora en el procedimiento especial de fianzas, previsto por el artículo 94 de la L.F.I.F., rigiendo supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Para el caso de fianzas otorgadas a favor de la Federación, de

los Estados, del Distrito Federal o Municipios, se sigue un procedimiento especial, artículo 95 de la L.F.I.F., y que se lleva a cabo a través de la vía económico-coactiva.

Efectos deudor principal-afianzadora.- Cuando hablamos de este tema en la fianza civil señalamos que los efectos que estamos estudiando no tenían su origen en el contrato de fianza civil, sino que tenían otra fuente muy diversa.

Igual situación pasa con la fianza de empresa, sea que nos refiramos a la acción de repetición, sea a la de subrogación, con la siguiente precisión, consistente en que, como la fianza de empresa no tiene origen contraactual, debemos decir que tales acciones no derivan del negocio jurídico de fianza nacido de una declaración unilateral de voluntad de la afianzadora, y que encuentran su fuente en otras figuras - muy distintas a la fianza misma de empresa, o dicho en otras palabras, - tales acciones derivan de la fianza de empresa como tal, aunque indirectamente se produzcan por ella, pero sin hallar su fuente en ella.

Las acciones citadas se rigen, por lo establecido en el Código Civil, por disposición de la L.F.I.F., en su artículo 113, haciendo las siguientes aclaraciones.

1.- Las afianzadoras pueden repetir contra el deudor principal lo que hubieren pagado, por la vía ejecutiva mercantil si acompañan a su demanda:

El contrato solicitud

Copia u original de la póliza

Certificación de su contador. (Art. 95 L.F.I.F.).

De otra suerte deberán hacerlo por la vía ordinaria mercantil, art. 113, L.F.I.F., y 1377 del Código de Comercio.

2.- La acción nacida de la subrogación, está claramente establecida en favor de las afianzadoras por el artículo 122 de la L.F.I.F.

Señalemos además, que las afianzadoras, no poseen acción para exigir del deudor que lo releve de la fianza, aun antes de haber pagado artículo 2836 del Código Civil pero sí para exigir que se asegure el pago, o "se garantice la responsabilidad actual o posible", a través de prenda, hipoteca o fideicomiso, artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que prevé a más de los supuestos del artículo 2836 del C.C., uno exclusivo de las empresas afianzadoras: "d) Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia".

Igualmente las afianzadoras poseen una acción más, exclusiva de ellas, para que aun en el caso de que no hubieren todavía pagado, y siempre que se dé alguno de los supuestos señalados en el artículo 97 - L.F.I.F., puedan embargar precautoriamente bienes de los obligados en el contrato solicitud, sea como acto prejudicial o después de haberse iniciado el juicio para exigir garantías de aseguramiento, artículo 98 de la L.F.I.F.

En todo lo demás, los efectos entre deudor y afianzadora se rigen por lo señalado en el Código Civil, por lo que nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

Formas o modos de extinción de la fianza de empresa. Le son -- aplicables a la fianza de empresa las disposiciones relativas a la extinción de la fianza civil y que hemos estudiado anteriormente, con las siguientes salvedades, por lo que toca a las formas de extinción por vía directa.

La fianza de empresa no se extingue ni porque el acreedor omita requerir judicialmente al deudor principal el cumplimiento de su obligación, ni porque deje de promover en el juicio entablado contra el obligado solidario principal o deudor, artículo 118 de la L.F.I.F. Es decir -- que las causas de extinción que prevén los artículos 2848 y 2849 del Código Civil no operan en las fianzas de empresa, como ya lo hablamos adelantado en el primer capítulo.

El plazo para que opere la prescripción de la obligación fiadora, dejando subsistente la principal, es de solo dos años mismo plazo - que el establecido por la Lex Furia de Sponsis y que solo es interrumpible por requerimiento escrito hecho a la fianzadora, artículo 120 de la Ley F.I.F.

El citado plazo de dos años se refiere única y exclusivamente a la obligación fiadora, no a la obligación de reembolso ni a la de pago de primas, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 1047 del Código de Comercio, aplicado supletoriamente en los términos del artículo 113 de la L.F.I.F., y que establece un plazo de diez años, para que opere la prescripción extintiva.

Este punto se ha prestado a discusión en los tribunales, ya que la redacción del propio artículo 120 de la L.F.I.F., y el poco conocimiento de la fianza de empresa, ha llevado a concluir a algunos litigantes que el plazo de dos años se aplica no solo a la obligación fiadora, sino incluso a la acción de reembolso y a la obligación del pago de las primas.

Con lo que se ha expuesto, resulta evidente lo aseverado por nosotros en líneas anteriores, puesto que si la fianza de empresa sólo genera la obligación de la afianzadora de pagar al acreedor si el deudor no lo hace, obviamente la única acción derivada de la fianza es la del acreedor para exigir a la fiadora el cumplimiento de su obligación como tal. Consecuentemente la acción de reembolso no deriva de la fianza, es decir no encuentra su fuente en ella, como ya se ha expuesto, cosa que no es exclusiva de la fianza de empresa, sino también de la civil. Por lo que toca al pago de las primas, éstas brotan de una fuente contractual el contrato solicitud jurídicamente independiente de la fianza en sí.

Además la última parte del citado artículo 120, no deja lugar a

dudas de que la intención del legislador fue reducir sólo el plazo de prescripción de la obligación de las afianzadoras, puesto que se refiere a la forma de interrupción de dicho plazo, establecido que "el requerimiento escrito de pago, hecho a la institución de fianzas, interrumpió la prescripción".

Esta tesis la hemos sostenido con éxito en los tribunales a raíz de diversos litigios (109).

Existe una forma especial de extinción, privativa de la fianza de empresa, y que se contiene en el artículo 117, infine de la L.F.I.F.

"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".

En consecuencia, si a la afianzadora se le devuelve la póliza, nace una presunción "juris tantum" de que la obligación fiadora en ella consignada se extinguió. La prueba en contrario, obviamente será en el sentido de demostrar que la obligación principal garantizada aún subsiste, y no ha mediado una liberación o remisión a favor de la fiadora, correspondiéndole dicha carga al propio acreedor.

C A P I T U L O IV

OBLIGACIONES AFIANZABLES

IV.1.- Obligaciones Afianzables.

IV.2.- Prohibiciones Expresas.

IV.3.- Casos Prácticos.

C A P I T U L O I V

OBLIGACIONES AFIANZABLES

IV.1.- Obligaciones Afianzables.

Desde el Derecho Romano surgió la necesidad de reglamentar las -- relaciones entre acreedor y deudor, motivo por el cual y gracias a la -- intervención de los pretores se crea el PACTO DE FIDUCIA, por virtud de este pacto un tercero ajeno a la relación acreedor-deudor, se obligaba al cumplimiento de las obligaciones en caso de que el deudor incurriera en mora. De esta forma se buscaba que hubiera seguridad en las relaciones jurídicas de los ciudadanos y los peregrinos que conformaban la población del reinado de Roma. Por el PACTO DE FIDUCIA, se agrega un elemento más a las relaciones que derivan de los contratos, este elemento es la confianza, que revestida de una fórmula legal se convirtió en una garantía para asegurar el cumplimiento de las deudas.

Los sistemas de derecho que tienen su fuente en el derecho romano, adoptan en su legislación la figura de la fianza y la enmarcan dentro -- de los contratos de garantía. En nuestro país al haberse implantado el derecho español, se adopta también la figura de la fianza como un contrato que celebraba una persona determinada con un determinado acreedor para el cumplimiento de una obligación específica.

En nuestro sistema actual y a nivel de ordenamientos federales, encontramos que son tres los que reglamentan la figura de la fianza. -- En primer término es el Código Civil el que reglamenta dentro de los -- contratos de garantía a la fianza, este tipo de fianza generalmente es gratuito y personal. En segundo lugar tenemos al Código de Comercio, que reglamenta la fianza mercantil en una forma deficiente, ya que en la mayoría de las hipótesis que se pueden presentar en los actos mercantiles, remite al Código Civil, y por último es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la que reglamenta a las afianzadoras en sí como la expedición de las fianzas de empresa, que son onerosas, conmutativas, además de tener requisitos para la expedición de las mismas.

Pueden ser garantizadas con fianzas 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.

También puede ser objeto de fianza la obligación nacida de la fianza misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 2796 del Código Civil que nos dice; "La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consiente en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga".

El origen de la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas, lo encontramos en el año de 1940, ya que en esa época la Comisión de Legislación y de Revisión de Leyes, que pertenecía a la entonces Secretaría de Economía, formuló un proyecto de nuevo Código de Comercio, que abrogarla al de 1890 (vigente hasta la fecha), en este proyecto se intentó separar de la legislación administrativa el control de las afianzadoras, en el proyecto se dice que los contratos de fianza saldrían del Derecho Privado, para ingresar al campo del Derecho Público, ya que la celebración de estos contratos se deberá hacer en forma sistemática, y necesariamente onerosa, constituyendo así la explotación de empresas lucrativas como son las Instituciones de Fianzas.

La operación que realizan las afianzadoras es claramente un acto de comercio, pero por su naturaleza crediticia, el Gobierno Federal, puede conceder a los particulares el ejercicio del afianzamiento, razón por la cual en el año de 1942 a iniciativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entró en vigor la primera Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debido a la ya urgente necesidad de legislar sobre una materia que estaba quedando en una laguna jurídica, en virtud de que la Ley Federal sobre Contrato del Seguro, así como la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, reglamentaban muy superficialmente lo relativo a fianzas, razón por la cual el legislador se aboca--

a reglamentar en detalle tanto la actividad de las empresas afianzadoras como el contrato de fianza de empresa.

Por así exigirlo los cambios habidos en materia mercantil, en 1950 se expide por el Congreso de la Unión la nueva Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que salvo la modificación de 1981, es la que se encuentra vigente.

Capacidad de Garantía de las Instituciones de Fianzas.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, regula las actividades y pretende adecuar a las condiciones presentes el papel que juegan las instituciones de fianzas en el contexto del Sistema Financiero y de la economía en general, para modernizarlo y ubicarlas en el concepto de servicio público que informa a las entidades más importantes que integran el referido sistema. De entre las medidas propuestas sobresalen el establecimiento del régimen de concesión para las instituciones de fianzas, como confirmación del carácter de servicio público que se les asigna; el reconocimiento legal de la figura de las instituciones nacionales de fianza, prevista en otras leyes y, el establecimiento del principio de desarrollo equilibrado del Sector, como objetivo importante de la promoción y dirección que el Estado dé a la actividad.

El artículo 15 de la L.F.I.F., dispone como deben estar organizadas las Instituciones de Fianzas, por lo que transcribimos el citado artículo. "Las instituciones de fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo, con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto no esté previsto en la Ley y, particularmente, a lo siguiente:

"I.- Tendrán por objeto las actividades a que se refiere el artículo 1º. de esta Ley, las necesarias para su realización y las que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorice y regule por considerar que son compatibles, análogas o conexas a las que les sean propias; ----

II.- Deberán contar con el capital mínimo que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general. Las disposiciones generales para determinar el capital mínimo de las instituciones de fianzas, las dictará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, tomando en cuenta los recursos que, a su juicio, sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio público - que representa la actividad afianzadora, la suma de los capitales pagados y reserva de capital con que opere el conjunto de instituciones -- que integren el sistema afianzador, el principio de procurar un desarrollo equilibrado del sistema y la competencia sana entre las instituciones, así como la situación económica del país, debiendo fijar en -- las reglas generales correspondientes, un plazo, no menor a un año, en que las instituciones que se encuentren en operación deban alcanzar dicho capital mínimo. Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, el capital mínimo deberá estar totalmente suscrito y pagado. Cuando el capital social exceda del mínimo deberá estar pagado lo menos en un 50%, - siempre que este porcentaje no sea menor del mínimo establecido.

El valor de las acciones deberá estar íntegramente cubierto en efectivo en el acto de ser suscritas.

Las instituciones estarán facultadas para emitir acciones no suscritas, que se conservarán en la caja de la sociedad y que serán entregadas a los suscriptores contra el pago total de su valor nominal y de las primas que, en su caso, fija la sociedad. Las cantidades que por concepto de primas u otro similar paguen los suscriptores de acciones sobre su valor nominal, se llevarán a fondo especial de reserva que podrá ser capitalizado; III.- Ninguna persona física o moral podrá ser propietaria de más del 15% del capital pagado de una institución de -- fianzas, excepto: a).- Las sociedades que sean o puedan llegar a ser propietarias de acciones de una o varias instituciones de fianzas. Estas

sociedades estarán sometidas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y les será aplicable al igual que a sus accionistas, lo dispuesto en esta fracción, en la siguiente y en el último párrafo de este artículo, así como las fracciones III y IV del artículo 111 de esta Ley, debiendo establecerlo así en sus estatutos sociales.

Las personas que aportan acciones de una o varias instituciones de fianzas al capital de una de las sociedades a que se refiere este inciso, podrán mantener la participación que resulte en el capital de la misma, por el valor de las acciones que cada una de ellas aporte; b).- Los accionistas de instituciones de fianzas fusionantes o fusionadas, siempre y cuando la participación de cada uno de ellos en el capital de la institución fusionante o que resulte de la fusión, no exceda de la participación porcentual que a esos mismos accionistas les corresponda en el capital consolidado de las instituciones involucradas en la fusión respectiva, de conformidad con lo que para la valuación y el canje de acciones se pacta en el convenio de fusión; c).- Las personas que adquieran acciones conforme a lo previsto en programas aprobados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conducentes a la fusión de instituciones de fianzas, a quienes, excepcionalmente la mencionada Secretaría podrá otorgarles la autorización relativa, con carácter temporal, por un plazo no mayor de cinco años, sin que la participación total de cada una de ellas - - exceda del 30% del capital pagado de la institución de que se trate; - - d).- Las instituciones de fianzas, cuando adquieran acciones por cuenta propia conforme a lo previsto en programas aprobados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conducentes a su fusión, y; e).- Las instituciones de crédito cuando, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, adquieran acciones actuando como fiduciarias - en fideicomisos que no se utilicen como medio para contravenir los porcentajes máximos de tenencia de acciones permitidos por esta Ley.

Las personas que en los términos de esta fracción lleguen a ser propietarios de más del 15% del capital pagado de una institución de fianzas o de una sociedad de las comprendidas en el inciso a) de esta fracción, deberán obtener certificado de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en el que se hará constar el porcentaje correspondiente; IV.- -

Para participar en asambleas de accionistas de instituciones de fianzas o de sociedades de las comprendidas en el inciso a) de la fracción anterior, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a).- Manifestar por escrito el carácter con el que se concurre sea este el de accionistas, mandatario, comisionista, fiduciario o cualquier otro. Los mandatarios, comisionistas o cualquier tipo de representantes no podrán en ningún caso participar en asambleas en nombre propio; b).- Manifestar por escrito el nombre de la o las personas a quienes pertenezcan las acciones que representen y señalar invariablemente el número de acciones que a cada una corresponda, cuando se asista con el carácter de mandatario, comisionista o cualquier tipo de representante, así como en los demás casos que determine la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y; c).- Exhibir, en su caso, el certificado a que se refiere el último párrafo de la fracción anterior. Los escrutadores estarán obligados a cerciorarse de la observancia de lo dispuesto en esta fracción e informar sobre ello a la asamblea, lo que se esta fracción e informar sobre ello a la asamblea, lo que se hará constar en el acta respectiva.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, estará facultada para dictar leyes de carácter general con vistas a procurar el estricto cumplimiento de lo dispuesto en esta fracción y la que antecede.

Tratándose de fideicomisos y reportos sobre acciones de instituciones de fianzas o de sociedades de las comprendidas en el inciso a) de la fracción anterior, la misma Secretaría determinará mediante reglas de carácter general, la forma en que dichas acciones deban computarse para efectos de los límites a que se refiere este artículo en su fracción III, tomando en cuenta los derechos que respecto a tales acciones puedan ejercerse; V.- Su duración será indefinida; VI.- Todas las asambleas y juntas directivas se celebraran en el domicilio social, debiendo estar este siempre dentro del territorio nacional, VII.- Deberá celebrarse una asamblea general ordinaria cada año, por lo menos, y en la escritura se establecerá el derecho de los socios que representen, por lo menos el 10% del capital pagado, para pedir que se convoque a asamblea extraordinaria. Si el consejo no expidiere la convocatoria pedida, señalando un plazo no mayor

de un mes a contar de la fecha en que reciba la petición para la reunión de la asamblea, el comisario, a moción de los accionistas interesados, - expedirá la convocatoria en los mismos términos en que el consejo debería hacerlo.

En las asambleas generales extraordinarias de accionistas la decisión deberá tomarse, cuando menos, con una mayoría del 80% del capital - pagado, salvo que se trate de segunda convocatoria, caso en el cual las resoluciones se adoptarán, por lo menos, con el voto del 30% del capital pagado; VIII.- El número de sus administradores no podrá ser inferior de cinco y actuarán constituidos en consejo de administración.

Cada accionista o grupo de accionistas que represente por lo menos un 10% del capital pagado de una institución de fianzas, tendrá derecho a designar un consejero. Sólo podrá revocarse el nombramiento de estos - consejeros, cuando se revoque el de todos los demás, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 82 de esta Ley; IX.- De sus utilidades separarán, por lo menos un 10% para constituir un fondo de reserva de capital, hasta alcanzar una suma igual al importe del capital pagado.

El fondo de reserva podrá capitalizarse, pero la institución deberá reconstituirlo a partir del ejercicio siguiente de acuerdo con el nuevo monto de capital; X.- La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma, deberán ser sometidas a la aprobación de la Secretaría de - Hacienda y Crédito Público, a efecto de apreciar si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley. Dictada dicha aprobación por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, la escritura o sus reformas podrán -- ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio sin - que sea preciso mandamiento judicial.

La inscripción que se haga en contravención a lo dispuesto por esta fracción, no surtirá efecto legal. XI.- La fusión de dos o mas instituciones de fianzas, de conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 78 de esta Ley, tendrá efecto en el momento de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio. Dentro de los noventa días naturales de la publicación en el periódico oficial del domi-

cilio de las sociedades que hayan de fusionarse, los acreedores podrán oponerse judicialmente para el sólo efecto de obtener el pago de sus créditos, sin que esta oposición suspenda la fusión, y; XII.- La disolución y liquidación se regirá por lo dispuesto en el Capítulo V del Título Tercero de esta Ley, con las siguientes excepciones: 1.- El cargo de síndico y liquidador, en la liquidación voluntaria, siempre corresponderá a algunas instituciones de crédito facultada para efectuar operaciones fiduciarias; 2.- La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros ejercerá, respecto a los síndicos y a los liquidadores, las funciones de vigilancia que tiene atribuidas en relación a las instituciones de fianzas, y; 3.- La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, podrá solicitar la suspensión de pagos en las condiciones de la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos.

En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales, sea cual fuere la forma que revistan, directamente o a través de interpósita persona.

Las Afianzadoras, con su joven pero experimentada madurez adquirida a través de los años de servicio, se encuentran en aptitud de servir al público consumidor de este servicio con todo tipo de fianzas. - No puede hacerse una clasificación limitativa sino tan solo enunciativa de las fianzas, pues, en estricto rigor, cualquier obligación lícita y posible es susceptible de ser afianzada; y en nuestro sistema jurídico caben tantas posibles obligaciones...

Sin embargo a título ejemplificativo trataremos de enunciar los diferentes tipos de fianzas que las afianzadoras ponen al servicio del público.

a).- Fianzas de Fidelidad.- Son aquellas que tienen por objeto garantizar al patrón la reparación del daño patrimonial derivado de un delito cometido por uno o varios de sus empleados en contra de bienes del patrón o de bienes de los que éste sea jurídicamente responsable.

Hay tres clases de fianzas de fidelidad:

I.- Individual: asegura a un solo empleado frente a su patrón.

II.- Cédula: asegura a varios empleados frente a su patrón. Esta fianza es en realidad una suma de fianzas individuales.

III.- Global: asegura a todo el personal frente a su patrón.

b).- Fianzas Judiciales.- Son aquellas que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, derivada de un procedimiento judicial. Por ejemplo:

- 1.- Embargos Precautorios.
- 2.- Ejecución de sentencias.
- 3.- Suspensiones de Amparo.
- 4.- Pago de Pensión Alimenticia.
- 5.- Libertad Provisional.
- 6.- Libertad Condicional.
- 7.- Libertad Preparatoria, etc.

c).- Fianzas Administrativas.- Son todas aquellas que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de diversas obligaciones que no podemos englobar en los tipos anteriores. Por ejemplo:

A favor de Autoridades Federales, Estatales o Municipales.

Fianzas de Crédito ante el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.

- 1.- De suministro ante Pemex.
- 2.- De inversión de anticipo.
- 3.- De inversión de anticipo revolvente.
- 4.- De cumplimiento de contratos, convenios; pedidos, etc.
- 5.- De buena calidad de obra ejecutada.
- 6.- De Licitación.

7.- Fianzas Fiscales.

- Convenios de pagos.
- Inconformidades.
- Importaciones temporales.
- Importaciones de Maquiladoras.
- Solicitud de exención de Impuestos.
- Internación de vehiculos.
- Clausuras.

8.- Fianzas de Agencias de Turismo.

- Ante la Secretaría de Turismo.

9.- Fianzas para Sorteos y Rifas.

10.- Fianzas para permisos y concesiones varias.

Fianzas a Favor de Particulares.

- 1.- Fianzas de Inversión de Anticipo.
- 2.- De inversión de Anticipo revolvente.
- 3.- De cumplimiento de contratos, convenios, pedidos.
- 4.- De buena calidad de obra ejecutada.
- 5.- De Licitación.
- 6.- Fianzas Inquilinarias.
- 7.- Ante Compañías de Aviación, etc.

Es innegable la riqueza de tipo de obligaciones que se pueden afianzar, claro que para la expedición de una fianza señala la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que se requiere de la constitución de una "contragarantía" u obligado solidario.

Contragarantías.- Nos referimos ahora a las contragarantías cuya importancia puede resumirse a la expresión del legislador, contenida en la exposición de motivos Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente, en el sentido de que el sistema de operación se ha estructurado de modo que las instituciones sólo otorguen fianza, cuando tengan suficientemente garantizado la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de -fiadoras.

Esta afirmación se encuentra respaldada en el artículo 19 de la L.F.I.F., que establece el principio general que resume el modo de operar de las afianzadoras. Dice textualmente esta disposición:

Artículo 19 de la L.F.I.F. "Las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas".

En los artículos 21 y 22 de la L.F.I.F., se establecen las dos únicas excepciones a la regla general, ya enunciada, de tener suficientemente garantizada la recuperación, o sean los casos de las fianzas penales y las de fidelidad, puesto que éstas pueden operarse sobre bases técnicas semejantes a las del seguro; sin embargo, estas fianzas tienen también sus propias normas de operación. Ahora bien en que puede consistir esa garantía de recuperación a que nos estamos refiriendo.

La Ley de referencia en su artículo 24, menciona algunos ejemplos; tales como: prenda, hipoteca, fideicomiso, obligaciones solidarias, afectación de garantía de un bien inmueble, aunque debemos entender que tal descripción es meramente enunciativa y que serán en última instancia las compañías, o el agente, en su caso, los que determinarán la que deba constituirse.

Desde luego que puede darse el supuesto de que el propio solicitante de la fianza sea ampliamente solvente, y en este caso no será indispensable la constitución de garantía adicional, aunque si deberá acreditarse esa capacidad económica.

Sólo falta hablar en materia de garantías, de la que establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 31 que dice: "El fiado, obligado solidario o contrafiador, expresamente y por escrito, - podrán afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con - instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos -

en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario o la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, se asentará, a petición de las instituciones o de dicha Comisión, en el Registro Público de la Propiedad. La afectación en garantía surtirá efectos contra tercero desde el momento de su asiento en el citado Registro, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de esta Ley, debiendo indicarse así en el propio asiento registral".

Esta garantía es la afectación de bienes inmuebles propiedad del fiado o de sus coobligados, inscribiéndola en el Registro Público de la Propiedad respectivo. Sus efectos son iguales a los de la hipoteca: pagar el adeudo que resulte al afectante, como fiado o como obligado, por las responsabilidades derivadas de la fianza, y la posibilidad de exigir ese pago, aún cuando el inmueble afectado haya pasado al dominio de terceros, o haya sido gravado posteriormente con hipotecas o embargos.

Con los elementos anteriores podemos ya comprender por qué se afirma categóricamente en la ley que las garantías de recuperación son a tal punto importantes que su existencia regular es el factor primordial para que la presunción de solvencia que la Ley otorga a las empresas afianzadoras sea una realidad práctica, y porque se indicó también que las garantías de recuperación son una de las condiciones que técnicamente requieren las instituciones para que puedan prestar el servicio que constituye su objeto, pues mediante la expedición de sus pólizas no asumen ni distribuyen riesgos, sino que simplemente se limitan a prestar un servicio, asumir su responsabilidad fiadora, que les permite constituirse en obligados frente al acreedor en la operación.

Veamos cuales son los factores que, en términos generales, toman en cuenta las afianzadoras para determinar la expedición de una fianza.

Por claridad, dividimos estos factores; a).- Factores objetivos y b).- Factores subjetivos.

a).- Factores objetivos.- Se refieren éstos a la obligación cuyo cumplimiento va a garantizarse.

Es evidente la necesidad de analizar dicha obligación para determinar tipo de responsabilidad el que asumirá la afianzadora y, en consecuencia, el tipo de garantías que se requieren en cada negocio.

Como regla, es preferible no rechazar un negocio tajantemente; -- puede aceptarse el peor de los negocios si el cliente constituye depósito en garantía en efectivo o en valores hasta por el importe de la obligación garantizada. Por otra parte este análisis es indispensable para poder determinar si no se está dentro de alguno de los supuestos en que no les es permitido a las instituciones afianzar ciertas obligaciones, -- pues aunque, como ya indicamos, en principio toda obligación es susceptible de ser garantizada mediante fianza, ese principio tiene algunas -- excepciones:

Las llamadas fianzas de crédito, fianzas en moneda extranjera.

Como excepción la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha autorizado la expedición de fianzas de crédito ante el Banco Nacional de -- Obras y Servicios Públicos, S.A., para garantizar el pago de los préstamos que dicho banco conceda a los contratistas y también las que tienen por objeto garantizar el pago de facturas ante Petróleos Mexicanos, aunque desde luego, la expedición de estas fianzas está sujeta a una reglamentación especial.

Lógicamente el primer documento que deberá proporcionarse a la -- afianzadora es una copia del instrumento del que dimana la obligación -- principal cuyo cumplimiento va a garantizarse, mismo que puede ser un -- contrato, un recurso de inconformidad, etc.

b).- Factores subjetivos.- Se refieren éstos a la persona misma del fiado.

Podemos reducir a tres los elementos de este tipo que toman en cuenta las compañías para determinar la expedición de sus pólizas. Son éstos: 1.- La capacidad jurídica del solicitante de la fianza, 2.- La capacidad técnica del fiado, 3.- La capacidad económica del propio solicitante, del fiado y en su caso del obligado solidario.

Ante todo, y puesto que la expedición de las fianzas se verifica en la mayoría de los casos, a instancia del futuro fiado, las Compañías exigen que se les formulen la petición de expedición a través de un documento que se conoce como "contrato solicitud", cuya finalidad no es sólo el servir de medio para la expedición de la fianza, sino que representa también el instrumento jurídico que regula las relaciones del fiado y sus solidarios frente a las Compañías.

En él se establecen como obligaciones del solicitante, entre otras, la de pagar el importe de la prima y derechos de expedición en los términos y plazos convenidos, la de reintegrar a las instituciones las cantidades que éstas lleguen a pagar al beneficiario con motivo de la póliza-- la de acreditar a la compañía la cancelación de la fianza, etc.

Así pues la presentación del contrato solicitud, debidamente firmado tanto por el solicitante como por el obligado solidario, es un requisito muy importante para la expedición de una fianza. Al reverso del contrato debe llenarse el cuestionario en el que se piden al fiado y en su caso al obligado solidario, diversos datos, tales como:

a).- Si es persona física: Nombre, domicilio, estado civil, referencias personales (preferentemente de instituciones bancarias o comerciales), detalle de los bienes de su propiedad, indicando de ser posible los datos de inscripción de los mismos en el Registro Público de la Propiedad, etc.

b).- Si es persona moral: Razón social, domicilio, fecha y lugar de constitución, datos de inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio, detalle de los bienes de su propiedad, referencias comerciales, etc.

Se necesita además:

1.- Una copia simple de la escritura constitutiva de la sociedad y de sus principales reformas, si se trata de personas morales; o una copia del testamento de poder con el que se ostente la persona que firme el contrato solicitud, en representación del representante o del obligado solidario.

2.- Una copia simple de la última carátula de la declaración del Impuesto sobre la Renta con anexos 2 y 3 presentada por el solicitante, y/o por el obligado solidario en su caso.

3.- Un balance de fecha reciente, firmado por el Gerente y el Contador.

4.- Certificado de libertad de gravámenes, avalúos y boletas del impuesto predial de las propiedades del solicitante o de sus obligados solidarios, relacionados en el cuestionario.

5.- Pudiera aparecer a primera vista que son muchos los requisitos -- que se exigen, pero esto no pasa de ser una mera apreciación superficial.

En efecto, la expedición de una fianza puede hacerse entre 24 y 48 -- horas, contadas desde luego a partir del momento en que se le proporciona la documentación completa.

Por otra parte cuando los clientes son ya conocidos el procedimiento se aligera notablemente, pues no se les pide que llenen el cuestionario, ni que proporcionen la documentación que ya en anteriores ocasiones se les ha requerido. Únicamente se les pide que actualicen sus datos y - que estén al pendiente de acreditar a la institución la cancelación de -

sus responsabilidades anteriores, de modo tal que no se les acumulen responsabilidades por fianzas en vigor, que pudiera dar lugar a una aparente saturación de su cartera.

Se trata pues de un procedimiento que se va haciendo más flexible -- conforme se tiene mayor expedici3n con el cliente, lo que es lógico, -- pues tanto para la expedici3n de fianzas, como para el otorgamiento de crédito, la confianza es un elemento indispensable que se va adquiriendo a través del trato comercial.

Conviene también tener presente que se trata de un procedimiento -- que presenta variantes de índole práctica, basadas en las experiencias -- particulares de cada compañía. Así es posible que la firma del contrato solicitud sea cronológicamente, el último de los requisitos que queda -- cumplido. Varios clientes, y desde luego los agentes, tienen siempre en su poder contrato-solicitud en blanco que remiten debidamente firmados -- a la Instituci3n. Indicándole el concepto a garantizar y proporcionándole la documentaci3n necesaria, con el objeto de abreviar los trámites de expedici3n.

IV.2.- Prohibiciones expresas.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 60 fracci3n I, nos dice:

Artículo 60.- Las instituciones de fianzas podrán efectuar las operaciones que les están permitidas por esta ley, y les está especialmente prohibido:

Fracci3n I, Otorgar garantía en forma de aval.

Es materia de esta tesis precisamente esta prohibici3n de orden público. El aval es una garantía de derecho mercantil y aplicable sólo a -- títulos de crédito, esto es que el aval funciona para garantizar una -- obligaci3n de dar, una obligaci3n de pago. Es una figura especial y re-- servada sólo a obligaciones de crédito de derecho mercantil, de ahí el -- origen de su prohibici3n. No obstante lo anterior, la fianza de empresa

por su funcionalidad y mercantilidad, podría garantizar obligaciones de crédito en títulos mercantiles, ya que su generalidad le da esa posibilidad.

El crédito en nuestros días representa un elemento muy importante - en las relaciones comerciales de la población, no solamente las instituciones de crédito y las auxiliares del mismo manejan este elemento económico, sino también los mismos organismos del Estado, los particulares ya sean comerciantes o no, en sus múltiples actividades manejan las operaciones de crédito.

El crédito ha llegado a ser un elemento imprescindible en todo tipo de operaciones, razón por la cual está presente en muchos actos jurídicos y se llevan a cabo a diario. La mayoría de estos actos jurídicos son contratos, que en muchos casos el acreedor beneficiario desea que se le garantice de alguna forma reconocida por la ley. Dentro de las garantías que la ley reconoce encontramos la fianza de empresa, que podría cumplir su función de garantizar deudas ajenas en su totalidad, si no les estuviera prohibido afianzar al crédito. Esta prohibición no tiene su razón de ser, ya que la figura de la fianza se ve limitada al no poder garantizar obligaciones de tipo mercantil como es el aval. Tanto el aval como la fianza podrían garantizar este tipo de obligaciones. El aval puede ser insolvente, siendo que la fianza de empresa siempre es solvente ya que esta respaldada por inversiones técnicas, conocidas como reservas de contingencia.

El aval al igual que las instituciones de fianzas pueden garantizar obligaciones ajenas; en la fianza de empresa su otorgamiento es siempre onerosa, y la empresa fiadora es de reconocida solvencia, razón por la cual la obligación de crédito siempre estará en condiciones de ser garantizada.

En estricto derecho no hay razón de fondo o principio jurídico en virtud del cual se prohíba el otorgamiento de fianzas para garantizar el pago de un crédito. En el sistema de derecho Anglo-Sajón, se permite que

una fianza pueda garantizar el crédito derivado de la compra-venta de bienes inmuebles, en nada afectarla, sino que al contrario se perfeccionaría más el contrato de compra-venta, si el comprador garantizara su obligación de pago con una fianza. Igual sucedería en las demás operaciones cuyo objeto es dar una determinada cantidad de dinero para cumplir con su obligación. Es así que la fianza puede ser utilizada en obligaciones de crédito ya que la fianza misma y por así establecerlo la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tiene plazos improrrogables para su exigibilidad, razón esta por la que el crédito se vería cubierto.

IV.3.- Casos prácticos.

No obstante la prohibición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, autoridad que vigila la aplicación de la Ley de Fianzas, según el artículo 66 de la misma, autoriza obligaciones de crédito, basándose en el criterio de que las necesidades del mercado pueden ser susceptibles de ser garantizadas por fianza.

Tal es el caso de los créditos derivados de la industria petroquímica del país, en que Petróleos Mexicanos entrega polímero y monómeros (plásticos) a los particulares para su venta o transformación, y el particular se obliga a pagar el importe a plazo determinado. Igual sucede con los créditos fiscales, ya sean reconocimientos de adeudo con convenio de facilidades de pago, o inconformidad entablada contra un crédito fiscal, en ambos casos, se le garantiza al fisco el pago de un dinero o sea el pago de un crédito. También sucede que el crédito derivado de un contrato de arrendamiento, alquiler o arrendamiento financiero puede ser garantizado con fianza, esto es, que la obligación a plazo de entregar una determinada suma de dinero si se da en afianzamiento, razón por la cual podrían garantizarse créditos como los derivados de una compra-venta o garantizar los pagos de un título de crédito, o los pagos a un banco derivados de un préstamo.

COCLUSIONES.

1.- Principios Generales.

a).- En cualquier acto jurídico, ya sea de índole patrimonial o no, surge la obligación de cumplir con un deber jurídico para con el acreedor.

b).- Para garantizar el fiel y exacto cumplimiento de las obligaciones, los sistemas jurídicos han creado diversos tipos de garantías que las legislaciones han aceptado.

c).- Entre las garantías que nuestro Derecho Positivo reconoce tenemos las siguientes:

La Hipoteca

La Prenda

El Fideicomiso en Garantía

El Aval

El Depósito en Efectivo

La Fianza

d).- Por su mercantilidad y teniendo un carácter de servicio público, dos de las anteriores formas de garantía, se pueden otorgar por empresas cuyo objeto social entre otras atribuciones es el de garantizar obligaciones de terceros, como son la hipoteca y la fianza de empresa.

2.- Proyecto de Reforma a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Las empresas afianzadoras tienen la concesión por parte del Ejecutivo Federal, de otorgar fianzas a título oneroso, pudiendo garantizar todas aquellas obligaciones que sean lícitas y posibles. Sin embargo el artículo 60 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prohíbe expresamente en su fracción I, otorgar garantías en forma de aval. - Después del análisis que se hizo de la figura de fianza, tanto civil, -

mercantil y de empresa, así como de las características de las instituciones de fianzas, tenemos que con la fianza sí se pueden garantizar todo tipo de obligaciones, aún aquellas obligaciones de crédito que pueden ser garantizadas con un aval, esto es que una institución afianzadora por contar con un respaldo de inversiones técnicas conocidas como reservas de contingencias, sí puede garantizar con una fianza de empresa las obligaciones de crédito que hubieran podido ser garantizadas por un aval, mas no otorgar garantía en forma de aval, ya que su misma naturaleza jurídica no se lo permite.

3.- Restricción al Derecho de los Deudores.

Nuestro sistema de derecho, reconoce diversos tipos de garantía, siendo en la práctica que los particulares pueden elegir la garantía que más convenga a sus intereses. Debido a la prohibición que existe en el artículo 60 fracción I, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se restringe a los particulares y en especial a los deudores el afianzamiento del crédito, ignorando que la fianza de empresa es otorgada por una Institución Auxiliar de Crédito, y que tiene la concesión de otorgar fianzas a volumen y que por el pago de una prima puede otorgar garantías que los particulares, por insolvencia o liquidez no pueden proporcionar, no haciendo posible que la facilidad para garantizar obligaciones se lleve a cabo, desaprovechando la oportunidad de que un tercero, haga suya la obligación ajena y extienda en una póliza, que tiene el carácter de mercantil, el reconocimiento de la deuda ajena.

4.- El Porque debe Afianzarse todo tipo de Obligaciones.

En el Estado moderno y al amparo de un orden jurídico, la población realiza distintas actividades que tienden al desarrollo ya sea individual, ya sea colectivo, o de algún determinado sector. Estas actividades requieren de relaciones con todo tipo de personas, creando relaciones jurídicas con sus derechos y sus deberes.

La desconfianza en el trato con los semejantes es natural al ser

humano, por lo que el orden jurídico ha implementado en las leyes figuras que conocemos como garantías, las cuales pueden ser o no otorgadas por un tercero, ajeno a la relación jurídica que crea esa obligación.

Nuestro sistema de derecho reconoce a la fianza otorgada por una empresa mercantil, cuyo giro es el otorgar garantías a título oneroso, facilitando las actividades de la población, razón por la cual - estas empresas tienen la capacidad de asumir obligaciones ajenas recabando a su vez contragarantías de sus mismos fiados que sean suficientes y comprobables, por lo cual no debe existir restricción para que - las obligaciones de crédito puedan ser garantizadas por una fianza de empresa.

B I B L I O G R A F I A .

- BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. *Operaciones Bancarias. Tercera Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México 1978.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito. Undécima Edición.* Editorial Herrero, S.A. México 1979.
- CONCHA MALO, Ramón. *Fianza Civil, Mercantil y de Empresa. (Exposición Sistemática)* México 1977.
- ESRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I.* Editorial Cárdenas. Primera Edición. México 1979.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil. Tomo II. Décima - sexta Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México 1982.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Contratos Tomo IV. Décima Edición,* Editorial Porrúa, S.A. México 1977.
- RUIZ RUEDA, Luis. *El Contrato de Fianza de Empresa en el Código de Comercio.* México 1960.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles. Segunda y Sexta -- Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México 1973 y 1982.
- SOLIS MARIN, José Alberto. *El Procedimiento de Ejecución en la --- Fianza de Empresa. Tesis 1974..*
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II.* Madrid 1959.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil, para el Distrito Federal.

Código de Comercio.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.