

27.207



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

'ACATLAN'

FACULTAD DE DERECHO

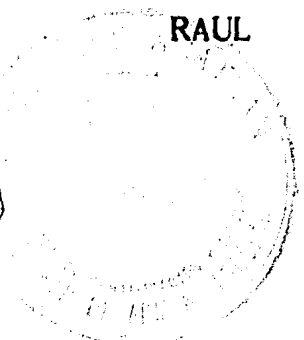
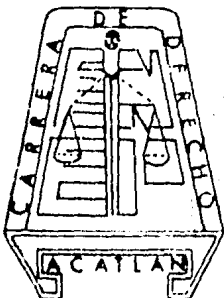
GENESIS HISTORICA Y EFECTOS JURIDICOS DE LA FIANZA DE EMPRESA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

RAUL REYES BARBOSA



1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

" Génesis histórica y efectos jurídicos de la Fianza de Empresa "

Dedicatorias -----	
Prólogo -----	(1)
Capítulo I	
"Génesis histórica de la Fianza"	
1.- Génesis histórica de la fianza -----	(5)
2.- Evolución en México -----	(14)
3.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas -----	(27)
4.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares -----	(30)
Capítulo II	
"La Fianza en General"	
1.- Concepto de Fianza -----	(34)
2.- Naturaleza Jurídica -----	(38)
3.- Objeto de la Fianza -----	(44)
4.- Diferentes clases de Fianzas -----	(47)
5.- Clasificación de la Fianza -----	(52)
6.- Efectos de la Fianza entre fiador, fiado y beneficiario -----	(58)
7.- Formas de extinción de la Fianza -----	(66)

Capítulo III

"La Fianza de Empresa"

1.- Concepto de Fianza de Empresa -----	(72)
2.- Su naturaleza Mercantil -----	(83)
3.- La Fianza de Empresa como Contrato -----	(90)
4.- La estipulación a favor de tercero dentro de la Fianza de Empresa -----	(91)
5.- Fianza prestada por comerciantes o para ga- rantizar obligaciones mercantiles -----	(95)
6.- Diferencias entre la Fianza de Empresa y la de Derecho Civil -----	(101)
7.- Marco Jurídico que regula a la Fianza de Empresa -----	(108)

Capítulo IV

"Efectos Jurídicos de la Fianza de Empresa"

1.- Secuencia y operación del contrato de fianza dentro de una empresa -----	(115)
2.- Caducidad y Prescripción -----	(117)
3.- Procedencia de la reclamación y requisitos de la misma -----	(123)
4.- Efectos acreedor-fiador y deudor principal afianzadora -----	(128)
5.- Procedimiento judicial en contra del fiado cuando se hace efectiva la fianza -----	(135)
6.- Cancelación -----	(138)
7.- Modos de extinción -----	(141)

Conclusiones ----- (144)

Bibliografía ----- (147)

P R O L O G O

La Fianza de Empresa es una forma de garantía a la que con mayor frecuencia se recurre en la celebración - de los más variados negocios, pues constituye para el - acreedor uno, de los mejores medios para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor.

En nuestro país, sin embargo, pocos son los que conocen el mecanismo de esta operación; ésto obedece fundamentalmente a dos causas: la primera, ahora insuperable, la constituye el escaso material bibliográfico especializado que en idioma español puede consultarse; la segunda no menos importante, se debe sin duda a la misma - complejidad, pues interviniendo en su celebración una -- pluralidad de partes, representa grave dificultad precisar la naturaleza jurídica de las relaciones que entre ellas se establecen.

El conocimiento pleno de esta realidad, me hizo seleccionar como punto de partida de mi trabajo el que se refiere a la determinación de la fuente que da nacimiento a la obligación del que fía. No obstante, también he considerado necesario referirme en forma muy especial al proceso de la evolución histórica que ha registrado esta institución, no sólo en el campo del Derecho Civil, sino también en el Derecho Mercantil, en el que se encuadran las fianzas prestadas por empresas.

Ahora bien, en capítulos por separado expongo un estudio de la fianza en general, así mismo, en otro capítulo analizo la fianza de empresa; dentro del segundo capítulo de mi trabajo es necesario analizar la fianza lisa y llenamente tomando como base la fianza de Derecho Civil pues la mayor parte de las instituciones del Derecho surgen a la vida jurídica de él.

Por otro lado, para llegar a nuestro objetivo es necesario estudiar a la fianza dentro del Derecho Mercantil para así demostrar las distintas características que tiene la obligación fiadora, así como aquellas que son propias del negocio que origina.

Posteriormente mi estudio lo dirigiré a los efectos jurídicos que causa la figura jurídica de la fianza de empresa y los modos y características para su mejor manejo dentro del Derecho.

Para finalizar diré que son discutibles muchas de las soluciones jurídicas que me atrevo a proponer en el trabajo que hoy someto a la consideración de ustedes, - sin embargo, no debe creerse que han sido expuestas sin reflexión, antes al contrario, representan para mí la culminación de un trabajo al que dediqué muchas horas de meditación y estudio.

Mi deseo era acertar en todo, sé que eso no ha sido posible, mis limitaciones lo han impedido, me queda, sin embargo, la satisfacción de saber que el mérito y los errores de esta obra son exclusivamente míos.

"El conocimiento no acepta a la
belleza porque el conocimiento
pide más de lo que la belleza le
puede dar."

C A P I T U L O P R I M E R O

GENESIS HISTORICA DE LA FIANZA

1) GENESIS HISTORICA DE LA FIANZA

Génesis, según el Gran Diccionario Enciclopédico - Universal, primer libro del Pentateuco de Moisés, que empieza por la historia de la creación del mundo. f. Origen o principio de una cosa. (1)

De la definición anterior podemos darnos cuenta de la significación de la palabra Génesis, así es que comenzaré por exponer de una manera breve los principales antecedentes de donde surge nuestra figura jurídica, motivo de nuestro estudio, la Fianza.

La fuente de donde emana la fianza, la encontramos en el Derecho Romano, con las figuras siguientes:

En el campo procesal encontramos como antecedentes las PRADES SACRAMENTI, ésta consistía en que las partes que intervenían en un litigio deberían de garantizar la

(1) Gran Diccionario Enciclopédico Universal. Tomo II
Página 607.

veracidad de sus afirmaciones externadas en dicho litigio y la forma de garantía que se utilizaba para los fines mencionados, era haciendo el depósito de una apuesta o dando un fiador solvente. (2)

Así mismo, en el Derecho Romano encontramos otra forma de garantía y es el PRÆDES LITIS ET VINDICARUM,-- esta forma de garantía consistía en conceder la posesión provisional a quien garantizara más ampliamente la entrega de la cosa y sus frutos, en caso de pérdida del litigio, lo anterior era a través del pretor (3)

Existía también en el Derecho otras formas de garantizar alguna obligación, estas formas eran sacramentales, solemnes, y formales, ya que se perfeccionaban por las palabras que deberían pronunciarse así como surge la STIPULATIO que daba origen a tres formas de stipulatio, que eran las siguientes:

SPONSIO.- Esta forma de obligarse surge pronunciando la palabra SPONDERE. En el sponsio sólo podrían intervenir personas que tuvieran el carácter de religiosas, razón por la cual no era una forma práctica de garantizar alguna obligación.

(2) Guillermo F. Margadant. "El Derecho Privado Romano" 1981. Página 147.

(3) Guillermo F. Margadant "El Derecho Privado Romano" 1981. Página 148.

En virtud de que en la sponsio sólo intervenía gente que tuviera carácter religioso y al no ser práctica-- esta forma de garantía, pronto se buscó otra forma don -- de se pudieran obligar a los extranjeros y así es como -- surge. (4)

La FIDEIPROMISSIO, en esta figura la forma de obligar era a través de las siguientes palabras sacramentales ¿IDEM FIDESPROMITIS? y FIDEIPROMITIO era la respuesta. (5)

Las dos formas anteriores garantizaban obligaciones VERBIS y cuando el fiador pagaba por el fiado, el fiador estaba en posibilidad de ejercitar la acción MANDATI CONTRARI en contra del fiado.

Con la FIDEIPROMISSIO surge un relajamiento, debido a una sobre protección para el fiador por parte de los juristas romanos, llegando a hacer inoperante esta forma de garantía. La decadencia de la figura en cuestión, empieza con las siguientes leyes: LEX APULEYA, LEX FURIA, LEX CICEREIA, LEX CORNERIA (6)

Es así como con el BENEFICIUM EXCUSSIONIS el fia-

(4) Guillermo F, Margadant. "Derecho Privado Romano" Página 387. 1981.

(5) Guillermo F. Margadant. "Derecho Privado Romano" Página 387. 1981.

(6) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Escriche Joaquín, Página 679.

dor podía exigir al acreedor que antes de cobrarle a él le cobrara al fiado, es así como se determina que la fianza tiene un carácter accesorio y subsidiario (7)

Cuando el fiador tenía que cumplir con la obligación por el incumplimiento del fiado, el fiador podía ejercitar la acción MANDATI CONTRARIA, que no debe confundirse con la acción que debería ejercitarse si la obligación emanaba de un mandato, pues en este caso se ejercitaba la acción NEGOTORIUM GESTORUM CONTRARIA (8).

La figura de BENEFICIUM EXCUSSIONIS origina el surgimiento de la FIDEUCIO, con algunas características de las figuras anteriores como que garantizaba una obligación verbis, pero ya en este caso era como se ha dicho antes, accesorio y subsidiario. Se obligaba al fiador a través del verbo FIDEI IUBERE.

Otra forma de garantía, el MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE, que también se conocía como MANDATUM CUALIFICATUM.

Esta figura se desenvolvía a través del mandato, por medio del cual el mandante solicitaba al mandatorio

(7) Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo I, Escriche, Joaquín. Página 680.

(8) Guillermo F. Margadant. "Derecho Privado Romano". 1981. Página 445.

prestara alguna suma a otra persona y, en caso de que ésta no pagara la suma prestada al mandatario, lo haría el mandante en lugar del tercer obligado: así es como del mandato surge una fianza, en este caso no se formalizaba por medio de la pronunciación de palabra alguna, pues -- era un contrato de buena fe (9).

En Roma los medios más usuales para las garantías de crédito, fueron las garantías reales (prendas e hipotecas) y personales (fianza) en los términos que con anterioridad han quedado descritos. Como ya sabemos, las garantías reales eran más eficaces que las personales, -- ya que el crédito estaba garantizado con el valor de la cosa o de la cosa misma dada en garantía, a diferencia -- de las personales.

Veamos una opinión al respecto del Maestro Guillermo F. Margadant, a fin de tener una visión más amplia de las garantías reales y personales en Roma.

"Al comparar estas dos clases de garantías D.5.17. 25 dice: PLUS CAUTIONIS IN REM EST QUAM IN PERSONAM, o sea la garantía real es superior a la personal; hipoteca y prenda protegen mejor la posición del acreedor que

(9) Lic. José Alberto Solís Marín. "El Procedimiento de Ejecución en la Fianza de Empresa" 1974. Tomada de la Revista Mexicana de Fianzas # 11, página 334.

la fianza personal.

Esta regla es correcta para el derecho moderno, - aunque la actual fianza de empresa es prácticamente tan segura como la real.

Para el Derecho Bizantino, empero, la regla admitía sus restricciones: Por la clandestinidad del sistema hipotecario y la existencia de hipotecas legales, generales y preferentes, el acreedor hipotecario no tenía una posición tan segura como la que tiene actualmente.- Además, en vista de la extremada puntualidad del típico ciudadano romano, la práctica jurídica de entonces, prefería, a menudo, la fianza personal a la hipoteca. (10)

Ahora bien, el antecedente más remoto de la fianza de empresa lo encontramos en el año de 1729 en Inglaterra, bajo la figura del seguro, surge una especie de -- fianza de fidelidad, por medio de la cual una compañía-aseguradora aseguraba al patrón por las pérdidas a cargo de algún sirviente, a causa de la deshonestidad de éste.

En el año de 1840 en Inglaterra, se creó la Sociedad de Garantía de Londres, que ya bajo una forma más-sistematizada se dedicó a caucionar los manejos de los sirvientes (11)

Así tenemos que los antecedentes de la fianza de-

(10) Derecho Romano. Guillermo F. Margadant. 4a Edición Esfinge, S.A. Página 290.

(11) Lic. Efrén Cervantes Altamirano. Revista Mexicana de Fianzas # 11. Aspectos Jurídicos Fundamentales de la Fianza Empresarial. 1975. Pág 178.

empresa en México, se inician, a través de la American Surety Co. of New York, ya que ésta con fecha 15 de junio de 1895 celebra un contrato concesión con el Gobierno Federal, a fin de que se dedicara a caucionar a funcionarios y empleados del Gobierno Federal, de los Estados, Distrito y Territorios Federales, así como de los particulares (12).

La fianza de empresa en esta época garantizaba cualquier pérdida.

En 1910 surgen dos sucursales, una Norteamericana de la American Surety Co. of New York y otra Inglesa - llamada Guarantee and Accident Company.

Y en el año de 1913 aparece la primera compañía de fianzas mexicana, con el nombre de Compañía Mexicana de Garantías, S.A. que absorbió el activo y pasivo de la American Surety Co. of New York haciendo notar que actualmente sigue operando con el mismo nombre.

Con fecha 24 de mayo de 1910 fue promulgada la primera ley sobre compañías afianzadoras o sea que se dedicaron a expedir fianza a título oneroso.

(12) Alfonso Herrera. "Memoria de la 4a Conferencia Hemisférica de Seguros" 1952. Evolución histórica de la Industria de la Fianza en México. Página 319.

Con fecha 24 de junio de 1910 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expidió el Régimen de Fianza y treinta y dos bases orgánicas de la Ley en cuestión, en las cuales se regulaba la expedición de las fianzas, -- así mismo, en una de las bases de referencia, se estatufa que la obligación de la Compañía de Fianzas se debería de contraer en documento expedido en forma de póliza. (13)

En la segunda base, el Régimen de fianza expedido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público especificaba los conceptos de garantizar, diciendo:

"Las Compañías (las fiadoras) responderán por las cantidades de dinero o valores en que resultaren descubiertos dichos empleados, ya sea por delito intencional o de culpa, o bien por pér^{di}das que sufrieren y les fueren imputables, o por cualquier otro motivo legal que produjere responsabilidad pecuniaria para el empleado. (14)

El contrato concesión celebrado entre el Gobierno-Federal y la American Surety Co. of New York tenía vigencia por quince años y fue la causa de que se expediera con fecha 24 de mayo de 1910 la Ley de Fianzas, es -

(13) Alfonso Herrera. Obra citada página 321.

(14) Lic Alejandro Gómez Cantú. El Foro. 5a época # 7
"La clásica Fianza de Fidelidad en Póliza" 1967
Página 41.

entonces a partir de la expedición de esta ley que ya no se hablaba de un contrato concesión, sino de una mera autorización.

Con la creación de la Ley de Fianzas es como se empieza a diferenciar a las fianzas en tres tipos o tres grupos, los cuales se analizarán en páginas posteriores.

La segunda Ley que regula a las compañías de fianzas, fue promulgada el 11 de marzo de 1925 y es en esta ley cuando la autoridad tiene intervención en la vigilancia de este tipo de compañías y con posterioridad surge la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, es con esta ley con la que las compañías afianzadoras quedan bajo la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria.

Esta ley es la que marca un límite en el capital (margen de operación) que deben tener como mínimo las compañías de fianzas, que es un mínimo de \$ 50 000.00, para las fianzas en que fuere beneficiaria la Hacienda Pública Federal, Gobierno del Distrito y Territorios Federales y Municipios.

El margen de operación exigido para las fianzas expedidas a personas físicas o morales, era de \$150 000 y tratándose de expedición de fianzas judiciales el margen de operación sería de \$ 250 000.00.

Otro punto importante de esta ley, es que consignaba la obligación de las Afianzadoras de crear un fondo de reserva que consistía en un 10% de utilidades anuales e ir acumulando este 10% hasta llegar a la tercera parte del capital social, para tener datos más exactos-- transcribiremos lo siguiente:

"Amén de los requisitos de capital y depósitos, se exigió por primera vez a las compañías de fianzas que - crearan un fondo de reserva con el 10% de las utilidades anuales. hasta llegar a la tercera parte del capital social y otro fondo denominado "reserva de premios por - fianzas en vigor", que se mantendría íntegra e invariablemente en suma que nunca sería menor del 50% del im-- porte de los nuevos premios anuales, sobre todo las fianzas vigentes en la República. (15)

2) EVOLUCION EN MEXICO

En nuestro país, la primera referencia sobre afianzamientos de empresa regulados por leyes especiales se remonta al año de 1895, en que por decreto de 3 de junio

(15) Ley Federal de Instituciones de Fianzas" Artículo I.

se autorizó al Ejecutivo de la Unión, para celebrar contratos con las compañías que se constituyeran para dar fianza a los empleados dependientes del Gobierno Federal. Este decreto fijó las bases sobre las cuales se celebrarían dichos contratos, pero por el mismo no se autorizó en esa fecha el funcionamiento de compañía alguna. De estas bases las más importantes fueron las siguientes:

Las compañías afianzadoras debían tener su domicilio en la ciudad de México si eran nacionales y en caso de ser extranjeras, establecer una sucursal precisamente en la capital de la República, sin perjuicio de las que establecieran en los Estados (16).

Otra base estableció, por lo que se refiere al modo de prestar las fianzas, que las mismas se expidieran en la forma y términos que exigieran la Secretaría de Hacienda, los Gobiernos de los Estados, los funcionarios y empleados autorizados para admitir y aprobar dichas cauciones, creándose con ello una verdadera anarquía, pues la ley no fijó en forma expresa un modo unitario de otorgar la misma; elevándose el documento así expedido, a la categoría de instrumento público.

(16) Apareció publicado en el # 132 Tomo XXXII del Diario Oficial del 3 de junio de 1895.

Este primer decreto expedido para que sobre sus -- disposiciones se autorizara el funcionamiento de compañías afianzadoras, más bien contiene una serie de preceptos administrativos para que las mismas operaran, pero de ninguna manera puede decirse que regule la fianza mercantil, de tal suerte que si también el Código de -- Comercio de 1889 había suprimido el capítulo respectivo seguramente las relaciones jurídicas provenientes de estos afianzamientos se regían en forma supletoria por las disposiciones del Código Civil, ya que el artículo 2o.- del Comercio, remite expresamente a aquél cuando no haya disposiciones en éste aplicables a la situación jurídica concreta que trata de regularse.

Contrato concesión de 19 de junio de 1895. Pocos meses después y sobre las bases ya apuntadas, se celebró el 19 de junio de 1895 un contrato-concesión entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Zan L. Tidball para establecer en México la primera compañía de fianza como sucursal de la American Surety Co. of New York. (17)

Este contrato consignó algunas disposiciones de - interés: eximía de responsabilidad a las compañías fia

(17) El texto de este contrato puede consultarse en la Memoria de Hacienda de 1894-1895. Página 285 y siguientes.

doras cuando un empleado sufría pérdidas por causas imputables a terceros (caso típico de fianza de fidelidad), siempre que así lo decidieran y sentenciaran las autoridades competentes.

Circulares posteriores.-

Después otras circulares se giraron por el Gobierno referentes a fianzas presentadas para el manejo de los empleados federales, entre ellas son importantes - la del 21 de agosto de 1895, que señalaba un plazo improrrogable para que dichos empleados se afianzaran, imponiéndoles como sanción por el incumplimiento de este requisito el que se les suspendieran sus emolumentos y pudiera aún cesárseles. Otra circular aclaratoria de la anterior se giró el 7 de septiembre de 1895. Y por decreto de 30 de septiembre del mismo año, se ordenó que las fianzas que otorgaran los empleados públicos para caucionar su manejo, se legalizaran con estampillas a razón de dos centavos por cada veinte pesos.

Posteriormente en circular de 10. de octubre de 1895, se establecieron reglas para la caución que debían prestar los empleados de Correos y Telégrafos; y el 7 de octubre del mismo año, se dispuso que no se permitiera bajo fianza, sino con el pago de los derechos respectivos, la importación de artículos extranjeros.

Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910.-

Esta reglamentación a pesar de sus defectos, tiene el gran mérito de haber señalado en forma general y abstracta las disposiciones y requisitos a que expresamente se sometería cualquiera institución que a partir de la fecha pretendiera establecerse en México (18).

Entre las disposiciones de interés están las siguientes:

No se señaló bajo qué tipo de sociedad debían organizarse las compañías de fianzas que quisieran operar en el país, dejando abierta puerta para que pudieran hacerlo bajo cualquiera de las formas reconocidas por el Código de Comercio.

Igualmente se admitió que pudieran operar como fiadoras no solamente las sociedades mexicanas sino también las extranjeras, pero en este último caso, cumpliendo ciertos y determinados requisitos.

Se sujetó el otorgamiento de la autorización a la condición de que se hiciera un depósito de dinero en la Tesorería General de la Federación por cantidad no menor

(18) Esta Ley se promulgó el 24 de mayo de 1910 en la misma fecha se promulgó en el Diario Oficial.

de \$ 100 000.00 misma que se aumentaba en razón directa de los ramos en que las compañías iban a operar.

Se concedieron a la Secretaría de Hacienda facultades casi omnímodas en el funcionamiento de estas compañías, pues a ella competía autorizar su funcionamiento, fijar todos y cada uno de los requisitos de admisibilidad de las fianzas y el de cancelar las autorizaciones respectivas cuando así fuera procedente.

Se estableció una clasificación tripartita de las fianzas: 1o. Las que pudiéramos llamar de fidelidad, que garantizaban el manejo de los funcionarios federales; 2o. Las de garantía del pago de impuestos, rentas y multas; 3o. Las de garantía del cumplimiento de obligaciones de contratos a favor del Estado.

Por último, se colocó a las compañías en una situación superior a las de los fiadores particulares, pues se les eximió del requisito de tener bienes raíces en la República por considerarlas de acreditada solvencia económica. Se dijo que los documentos que expidieran por las cauciones que otorgaran, tendrían el carácter de instrumentos públicos; se les dio facultades para que obtuvieran informes confidenciales de sus afianzados y se les otorgó un derecho de prelación sobre los bienes del responsable y de sus cómplices en caso de que llegaran a pagar, subrogándose en las acciones del fisco para reclamar a quienes defraudaran a la Federación.

Se autorizó por último a las oficinas pagadoras para que, en aquellos casos en que los empleados federales no cubrieran el importe de la prima por la fianza que se les prestaba, descontaran del sueldo de los mismos, el importe correspondiente a dicha retribución.

Las 32 bases Orgánicas de 1910.- Un mes después de la expedición de la Ley sobre Compañías de Fianzas, el Ejecutivo de la Unión, con fundamento en el artículo 7o. de la misma, por decreto de 24 de junio del propio año, expidió las 32 Bases reglamentarias bajo las cuales habían de otorgarse las fianzas en favor de la Hacienda Pública.

En estas bases se exigía que las fianzas se expedieran en forma de póliza, anotándose en las mismas los requisitos que las entidades acreedoras señalaran para admitirlas.

Se limitó igualmente la responsabilidad de las compañías a los preciso términos que sus pólizas indicaran sin que en ningún caso esta responsabilidad fuera mayor de la expresamente admitida. En cuanto a la vigencia de la fianza, se dijo que ésta sería por lo menos de un año, plazo que podía prorrogarse por mutuo consentimiento de las partes. Se estableció la obligación a cargo de las compañías de devolver las primas no devengadas, cuando por alguna circunstancia el afianzamiento terminaba

antes del plazo convenido. Y en cuanto a la retribución que debería pagarse, se fijó un tabulador al que se sujetaban tanto los solicitantes como las compañías.

El plazo para que prescribieran las acciones derivadas de fianzas otorgadas, se fijó en tres años a partir de la fecha de su vencimiento o de su exigibilidad, pasados los cuales no procedía hacer reclamación alguna.

Otra novedad que introdujeron las Bases que ahora se comentan, es la relativa a los casos de responsabilidades exigibles a las compañías por el incumplimiento de sus fiados, pues si después de la resolución administrativa condenando a una de ellas a hacer el depósito por el monto de la garantía prestada, la empresa manifestaba su inconformidad, podía promover ante los tribunales comunes un juicio para que se decidiera en definitiva si estaba o'no obligada a pagar.

Las disposiciones que hemos analizado, sí contribuyeron en cierto modo a una reglamentación más especializada sobre la forma en que se expedirían las fianzas - prestadas por empresa, pero en cuanto a la regulación del contrato mismo, fueron insuficientes, por referirse tan sólo a fianzas otorgadas a empleados de la Federación.

Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925.- Quince años después de estar en vigor la Ley de Instituciones de Fianzas y las 32 Bases Orgánicas de 1910, se expidió el 11 de marzo de 1925, durante el régimen del General Calles, una nueva Ley sobre Compañías de Fianzas. Puede decirse que estuvo inspirada en la anterior, pues colo-

caban a la Secretaría de Hacienda como máxima autoridad en la vigilancia e inspección de las compañías (19)

A pesar de todo, algunas novedades se introdujeron pues además de las fianzas otorgadas para garantizar a la Hacienda Pública, las afianzadoras podían en el Distrito y Territorios Federales, expedir cualesquiera otras a favor de particulares, permitiéndoseles como consecuencia, otorgar fianzas judiciales. Estas nuevas garantías prestadas por empresa, constituyeron una novedad en el ambiente jurídico de México, ya que hasta entonces no habían sido reglamentadas por considerarlas como fianzas que únicamente podían prestar los particulares. Sin duda alguna su inclusión en la Ley de 1925, abrió otras perspectivas en este campo de actividades.

En otro precepto se consideró a las instituciones de fianzas como de crédito, sujetándolas a la Ley que sobre la materia se había expedido el año de 1924, en lo que no se opusiera a la de fianzas.

Por primera vez se exigió que las fiadoras se constituyeran bajo la forma de sociedades anónimas, señalándose el número mínimo de socios y el capital que debían

(19) Esta Ley apareció publicada en el Diaro Oficial el día 8 de abril de 1925.

tener para comenzar a operar, mismo que podía variar en razón directa de los ramos en que las compañías estuvieran autorizadas.

Nuevamente se exigió que las fianzas se expidieran en forma de póliza y siempre por cantidad determinada, rechazándose los afianzamientos abiertos, es decir, sin límite de responsabilidad.

Para finalizar, se colocaba a las compañías en una verdadera situación de privilegio, ya que a los particulares se les prohibió expedir fianzas en forma sistemática, produciendo la infracción de este artículo, el que cometiera un delito que era perseguido de oficio.

La Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925 tuvo poca fortuna, pues con la expedición de la Institución de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926 y en virtud de que ésta dedicaba su capítulo IX a las afianzadoras, aquella quedó derogada. Por una causa muy razonable se explica que se incorporaron en el ordenamiento ya citado las disposiciones relativas al funcionamiento de estas compañías, pues habiéndoseles atribuido a las mismas desde la Ley de 1925 el carácter de instituciones de crédito, nada extraño tenía - que la Ley de 1926 volviera a reconocerlas como tales (artículo 5o. fracción VII) y en consecuencia las sometiera a sus disposiciones (20).

El nuevo ordenamiento no hizo otra cosa que reproducir casi íntegramente las disposiciones del anterior, introduciendo sólo escasas adiciones y reformas.

La Secretaría de Hacienda continuó siendo el órgano supremo de vigilancia e inspección, pues cuando a su juicio no se cumplían los requisitos y condiciones en que debían prestarse las fianzas otorgadas a favor de los empleados de la Federación, podía exigirlos, pero en lo que respecta a las demás clases de fianzas, se estaba a lo convenido entre las compañías y los interesados.

Se exigió en la parte final del artículo 245, que las fianzas se expidieran en forma de póliza y siempre por cantidad determinada; el documento así otorgado tenía la calidad de instrumento público para todos los efectos.

Mientras tanto continuaron en vigor las 32 Bases-Reglamentarias del 24 de junio de 1910, pues las mismas eran suficientes para regular a modo de contrato de fianza mercantil, las relaciones jurídicas provenientes de afianzamientos prestados por compañías.

(20) Esta Ley apareció publicada en el Diario Oficial el día 29 de noviembre de 1926.

Sin embargo, la vigencia de las 32 Bases Reglamentarias que hemos mencionado fue sólo parcial, ya que el artículo 234 de la Ley Bancaria del 31 de agosto de 1926 aplicable a las compañías afianzadoras señaló un nuevo-procedimiento para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, que consistía en que si la compañía no daba cumplimiento a la obligación contraída cuando ésta se hacía exigible después de haber sido requerida de pago, era suficiente con que la oficina acreedora girara una orden de afectación al depósito general que debía estar constituido según el artículo 232, para que la Secretaría de Hacienda, por conducto de la Dirección de Crédito, ordenara la afectación de ese depósito para cubrir el monto de la obligación contraída, previniendo a la compañía para que reconstituyera el monto del mismo en un término de diez días.

Al promulgarse la nueva Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932, se dejaron subsistentes no solamente el capítulo IX de la Ley de 1926, sino también por disposición del artículo VII transitorio, las 32 Bases Reglamentarias que en forma sistemática se venían repitiendo en las distintas leyes. Una innovación muy importante se introdujo en 1932; ella fue la relativa a la posibilidad de que todas las instituciones de crédito pudieran otorgar fianzas, con la única limitación de que el fiado constituyera garantía bastante a favor de la institución fiadora; es aquí cuando por primera vez se habla del otorgamiento de este tipo de coberturas (21).

Más tarde el 6 de enero de 1934, se reformó el artículo 247 del capítulo IX de la ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del año de 1926, en el sentido de que ninguna compañía o individuo podrían celebrar contrato de fianza, sin estar legalmente autorizados por el Gobierno Federal. No obstante por excepción y siempre que la fianza no se prestara habitualmente, se expidiera una forma de póliza, ni se anunciara públicamente por la prensa y no se emplearan agentes; o sea que la fianza fuera accidental, las compañías y los individuos podían afianzar.

El 31 de diciembre de 1942 se expidió la Ley de Instituciones de Fianzas, publicada el 12 de mayo de 1943 y que entró en vigor el 1o. de junio del mismo año; fue esta ley la que delineó con mayor claridad las características de las instituciones y mejoró las disposiciones insuficientes de las anteriores, así como sus excesivas reformas de los años 1946, 1949 y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 18 de enero de 1950 y sus reformas posteriores constituyen el marco jurídico dentro del cual se comprende a esta novedosa e interesante figura del derecho contemporáneo.

(21) Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial del día 29 de junio de 1932.

3) LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

Las instituciones de fianzas integran el sector más pequeño del Sistema Financiero Mexicano, manejan recursos modestos en comparación con los operados por los demás sectores del mismo. Sin embargo, considerando la dinámica de nuestra economía y la frecuencia y magnitud -- con que en la misma se celebran transacciones mercanti-- les y civiles, lo mismo entre personas físicas que morales, dentro de los sectores públicos, social y privado, se plantean diversas posibilidades de desarrollo para - la fianza institucional en México, en virtud del amplio mercado latente que para la misma existe.

En ese contexto, la importancia que el sector afianzador tiene en el servicio de garantizar el exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas, en beneficio - tanto del acreedor como del deudor y con ello de la economía nacional, justifican la tarea de introducir en la ley de la materia transformaciones importantes que permitan a dicha actividad desarrollarse a un ritmo creciente acorde a las exigencias de la economía nacional.

Con fecha 21 de septiembre de 1950 se promulgó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial del 29 de diciembre del mismo año y que entró en vigor el 15 de enero del siguiente año.

Entre sus principales mejoras se encuentran dos que son las más importantes, a saber:

a) El otorgamiento de Fianzas con carácter mercantil, es objeto propio y obligado de las sociedades anónimas, que tengan autorización expresa del Estado, para operar como institución de Fianzas.

b) Fortalece el régimen económico de las Instituciones de Fianzas, perfeccionando la adecuada protección y garantía en la expedición de fianzas.

Esta ley, junto con sus principales reformas del 26 de diciembre de 1953, 29 de diciembre de 1956, 27 de diciembre de 1963, 24 de diciembre de 1968 y 29 de diciembre de 1981, la que actualmente rige las actividades de las Instituciones de Fianzas.

Así tenemos que los principales objetivos de las Reformas del 29 de diciembre de 1981 son las siguientes:

a) Reforma a la estructura del sector afianzador, y fija 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 fianzas, prevista en otras leyes y el establecimiento del principio de desarrollo equilibrado del Sector, como objetivo importante de la promoción y dirección

y promoción del Sector por una parte y las propias de la inspección y vigilancia por otra. Así mismo, se busca redefinir y complementar los regímenes de revocación de concesiones y de sanciones para procurar mayor eficiencia y seguridad en la realización de las actividades de las instituciones de fianzas.

c) Estas reformas son con el objeto de establecer en la Ley un orden más adecuado a las necesidades actuales del Sector, se propone reubicar diversos artículos de la misma, así como introducir, aclarar conceptos, retribuir y delimitar las facultades de las Autoridades, así como otras de tipo secundario.

En la instrumentación de tales medidas se emplea la técnica de la legislación marco, imperante en las Leyes que rigen al Sistema Financiero, en virtud de que permite, sin menoscabo de la seguridad jurídica, establecer mecanismos flexibles que provean una constante adecuación del régimen regulativo a los requerimientos de la dinámica económica.

Así pues, en la reorganización de la estructura formal de la Ley, se reclasifican las disposiciones que el texto anterior contenía, reubicando varias de ellas en nuevos títulos, buscando agrupar todos los artículos afines bajo un mismo rubro, a efecto de que la regulación -

de un supuesto concreto no se encuentre dispersa en los diversos apartados de la Ley.

A mayor abundamiento y para una mejor comprensión de este punto me remito al punto número 7 del capítulo tercero de este trabajo, en el cual expongo de manera amplia y concisa el análisis de la Ley que rige a la figura jurídica de la fianza y que es la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

4) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES

Desde sus inicios, se cuidó en lo general de sujetar a las compañías concesionarias a las reglas comunes del - Código de Comercio y legislación vigente, introduciendo - sólo aquellas modificaciones que se han creído absoluta - mente indispensables. Según se desprende del Decreto del 3 de junio de 1895, expuesto en el artículo único fracción I, al hablar de los contratos de concesión sujetos a lo - siguiente:

La compañía concesionaria tendrá su domicilio en la Ciudad de México y si fuera extranjera establecerá una - Sucursal precisamente en la misma Ciudad de México, sin - perjuicio de las agencias que libremente podrá establecer

en diversos lugares de la República, según convenga a sus intereses. La misma compañía se sujetará a los requisitos que el Código de Comercio exige para que las sociedades extranjeras puedan ejercer en la República actos Mercantiles.

Continuamente se siguieron modificando los contratos de concesión, como en el decreto del 24 de mayo de 1910, al solicitar autorización para operar como compañías de fianzas, otras tantas más, se sugirió en el artículo 2o. del propio decreto que las compañías que pretendían autorización para operar como tales, comprobarían ante la Secretaría de Hacienda su constitución legal con el testimonio de la escritura pública y si fueren extranjeras, acreditarían haber llenado los requisitos que el Código de Comercio exigía para que las sociedades extranjeras pudieran ejercer el comercio en la República y para tal efecto quedaba entendido que las compañías extranjeras se considerarían como mexicanas aunque todos o algunos de sus miembros fueran extranjeros sin poder alegar en ningún caso derechos de extranjería.

Por otro lado, se le dió a la Secretaría de Hacienda amplio poder por medio de disposiciones generales para controlar a las Compañías de Fianzas.

Fue hasta el 11 de marzo de 1925, publicación hecha en el Diario Oficial de la federación el 8 de abril de 1925, fecha en que la Ley sobre Compañías de Fianzas

en su artículo 2o., las considera como instituciones de Crédito, aplicándose por tanto, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924.

Al año siguiente el 31 de agosto de 1926, se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, insertando en su artículo 5o., que son instituciones de crédito para los efectos legales; las Compañías de Fianzas, quedando la constitución de las sociedades anónimas que se organizaran para la explotación de Instituciones de Crédito, sujetas al Código de Comercio, dedicando así su capítulo IX especialmente a las afianzadoras.

En las disposiciones transitorias el artículo 1o., citaba a los Bancos, Almacenes Generales de Depósito y Compañías de Fianzas, el carácter de Instituciones de Crédito.

En esta ley sólo se incluyeron los artículos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, que expresamente se refieren a la materia de fianzas.

Durante la vigencia del ordenamiento citado, las Compañías de Fianzas conservan el carácter de Instituciones de crédito que les concedió el artículo 2o. de la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925.

Sin embargo este tratamiento fue transitorio porque en la Ley General de Instituciones de crédito del 28 de junio de 1932, nuevamente las afianzadoras quedaron fuera de nuestro sistema bancario y prácticamente pasaron a formar parte del grupo de Instituciones de Seguros, porque se consideraba que la técnica de distribución de riesgo operaba en la fianza de igual manera que en el seguro.

Por otra parte, en las disposiciones generales relativas a calificación de fianzas del 23 de febrero de 1939, a las Compañías de Fianzas autorizadas para operar en el país, en el inciso II, a la Tesorería de la Federación se le dieron atribuciones de inspecciones y vigilancia para calificar y aceptar, en su caso, las garantías otorgadas, que dichas garantías conservaran los requisitos indispensables para su aceptación, y en caso necesario, tomar las medidas adecuadas para asegurar los intereses del Gobierno.

C A P I T U L O I I

LA FIANZA EN GENERAL

1) CONCEPTO DE FIANZA

De la definición contenida en el artículo 2794 del Código Civil en vigor que dice: La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. (1).

Independientemente de que la definición sea buena o mala para la fianza de Derecho Civil, es inadecuada para la fianza de empresa, por diversos conceptos que en seguida expondré, pues el objetivo principal de esta Tesis, está enfocado a hacer un análisis jurídico de la Fianza de Empresa, así como sus efectos jurídicos, para lograr este propósito, es preciso examinar el citado precepto legal y ver sus alcances o en su defecto, deficiencias que puede reportar a la Fianza de Empresa.

Así, el primer concepto consiste en que la fianza sólo puede contratarse entre el fiador y el acreedor, mientras que la fianza de empresa es contratada generalmente por la Compañía Fiadora y el deudor principal, o

(1) Código Civil para el Distrito Federal.

sea, el fiado, sin que en el contrato intervenga al acreedor, cuyo papel es el de un tercero beneficiario de la estipulación entre los contratantes.

La explicación es la siguiente: Hasta antes de 1932 en que entró en vigor el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, era ilegal en México celebrar contratos a favor de tercero, por haber llegado a nosotros a través de las legislaciones europeas en que se inspiraron nuestros Códigos Civiles de 1970 y 1884. (2)

El segundo concepto que expongo es que de la simple lectura del artículo citado, se puede hacer notar que al decir el legislador que el fiador se compromete con el acreedor, ya que está exigiendo que el contrato de fianza se celebre entre el fiador y acreedor pero esto sería un error, pues al definir la palabra comprometer dentro del precepto invocado, significa lisa y llanamente asumir o adquirir una obligación para con alguien, y no celebrar un contrato. Esta obligación puede asumirla el fiador mediante un contrato celebrado con el acreedor directamente, como ocurre por lo general en la fianza de Derecho Civil, o bien, en un contrato celebrado por el fiador con el fiado, con estipulación a favor del acree-

(2) Lic. Luis Ruiz Rueda. "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio".

dor. Este procedimiento es legal desde que en el Código Civil de 1932, se estableció como fuente general de las obligaciones, la Estipulación a Favor de tercero, según consta en los artículos 1868 a 1872 (3).

Esta forma de contratación a favor de tercero, es la usual y casi exclusiva de las instituciones fiadoras y prueba de ello son los formularios que las compañías de fianzas utilizan para la celebración de sus contratos de fianza de empresa.

Al advertir este error, creo que tiene mucho que ver el artículo 2796 del mismo ordenamiento legal, en el cual se hace constar que el contrato de fianza puede perfeccionarse, ya sea que el fiado consienta en la garantía, ya sea que la ignore, o ya sea que la contradiga (4).

Esta disposición no quiere decir que el deudor principal o fiado, no pueda celebrar el contrato de fianza con el fiador, a favor del acreedor, sin que este último sea parte en dicho contrato, simplemente debe entenderse que si el contrato se celebra entre el fiador y el acreedor, carece totalmente de importancia jurídica la voluntad del fiado o deudor principal, por ser un tercero extraño al contrato.

(3) Código Civil para el Distrito Federal

(4) Código Civil para el Distrito Federal

En consecuencia debe concluirse que el artículo - del Código Civil a que se ha hecho referencia, no sólo es poco útil en el caso de la fianza de empresa, sino - que puede inducir a confusión, por la ambigüedad de su redacción.

El tercer concepto que se desprende de la defini-- ción de fianza contenida en el artículo del Código Ci-- vil, es considerar que la obligación del fiador a pagar por el deudor o fiado, sólo nace si éste no paga.

No tiene fundamento esta aseveración, ya que la obligación del fiador es accesoria y nace desde la celebración del contrato de fianza, siempre que la obliga-- ción exista, aunque esté sujeta a plazo o a condición - suspensiva. Estas modalidades de las obligaciones pasan a formar parte de la obligación accesoria.

El pago de la obligación principal por su deudor no impide el nacimiento de la obligación accesoria del fiador, sino que la extingue, como cualquier otra causa que extinga la primera, según se puede observar del mismo - texto del artículo 2842 del Código Civil que a la letra dice:

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

Así tenemos que la fianza es un contrato accesorio y no puede existir sin una obligación válida ya que por su mismo carácter de obligación accesoria, la fianza puede constituirse por menos, pero nunca por más que la obligación principal.

No obstante la afirmación del artículo 2794 sólo es aplicable a la fianza que nace del contrato, ya que las legales y judiciales surgen a la vida jurídica mediante una fuente que en ningún concepto es diferente a lo convencional (5)

2) NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA

El término Naturaleza en este caso, significa esencia o conjunto de propiedades de un género. La naturaleza civil del contrato de fianza es el conjunto de propiedades civiles que lo definen y que podemos conocer mediante un análisis jurídico.

En las siguientes líneas, haré un bosquejo de la naturaleza civil del contrato de fianza, determinando a -- grandes rasgos, su esencia y características civiles. Es

(5) Código Civil para el Distrito Federal.

necesario recordar antes de abordar el tema, lo dicho - por el artículo 2811 del Código Civil en vigor y que a la letra dice: 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 extiendan en forma de póliza; - que no las anuncien públicamente por la prensa o por -- cualquier otro medio y que no empleen agentes que las-- ofrezcan. (6).

Como se puede observar el citado precepto legal - distingue técnicamente la fianza civil de la mercantil porque la fianza pertenece como relación contractual al Derecho Civil y si la encontramos en el Derecho Mercantil es por las ventajas que reporta.

De acuerdo con la Teoría de los Hechos y Actos Jurídicos, puedo decir que en sentido general, hechos jurídicos son aquellos que producen efectos jurídicos y - que dan origen a los hechos jurídicos en sentido especial y a los actos jurídicos.

Los hechos jurídicos en sentido especial pueden ser voluntarios e involuntarios. Los voluntarios son los - que se producen con la voluntad del hombre y pueden ser

(6) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

lícitos, como la Gestión de Negocios o ilícitos cuando son delitos o cuasi-delitos. Los involuntarios son los que se originan sin que intervenga la voluntad del hombre, por ejemplo, el nacimiento o un accidente obrero.

La fianza no es un hecho jurídico en strictu sensu, es un acto jurídico.

El acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir modificar o extinguir un derecho o una obligación y que produce el efecto deseado por su autor, porque el Derecho regula esa voluntad.

El acto jurídico puede ser unilateral o bilateral. El primero exige solamente la voluntad como en el caso de la Donación, la Herencia, la Remisión, etc. El segundo exige el concurso de dos o más voluntades, por ejemplo la compra-venta, el contrato de sociedad, etc. (7).

Los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales se llaman Convenios cuando crean, transmiten, modifiquen o extinguen obligaciones, los convenios que crean y transmiten obligaciones se llaman Contratos.

(7) Borja Soriano Manuel. "Derecho Civil" Tomo I
Página 98.

En principio, la fianza es un hecho jurídico en - sentido general, porque produce efectos jurídicos, es un acto jurídico, pero un acto jurídico bilateral, pues para su constitución se requiere de dos voluntades, la del fiador y la del acreedor. Como es un acto jurídico bilateral, participa de las propiedades de los convenios y como sólo crea obligaciones puedo afirmar que es un contrato.

Hay contrato de fianza cuando una de las partes se ha obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de éste acepta la obligación accesoría, por lo tanto lo que constituye la naturaleza esencial de la fianza es - que una persona se haya obligado accesoriamente por un tercero, así mismo el acreedor de ese tercero acepta su obligación accesoría, o sea que es necesario el concurso de la voluntad del fiador y del acreedor de la obligación afianzada. Este requisito se explica porque la fianza constituye un contrato entre el acreedor y el fiador y todo contrato exige el concurso de la voluntad de ambas partes.

La fianza es un contrato que se otorga para garantizar el cumplimiento de un contrato principal, que puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, obligaciones de dar, hacer o no hacer, así mismo, para garantizar obligaciones extra-contractuales, es decir, nacidas de fuentes diferentes a los contratos como son

los hechos jurídicos en sentido especial, por ejemplo los hechos ilícitos, el enriquecimiento ilegítimo, etc o también de la ley, como es el caso de la fianza legal la cual analizaré en forma detallada en el punto 4 de este Capítulo.

La fianza es un contrato, porque requiere la participación de las voluntades de las partes que intervienen en su celebración, pero cabe plantearnos la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de contrato civil es?

El contrato de fianza es consensual en oposición al formal, accesorio generalmente y a título gratuito, conmutativo y unilateral. Esta última característica es la más importante en el estudio de su naturaleza civil, en cuanto a que es un contrato.

El artículo 1836 del Código Civil en vigor dice:

(8) "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

El artículo 1835 del mismo ordenamiento legal dice:

"El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada"
(9).

(8) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

(9) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

De lo anterior puedo afirmar que la fianza civil es un contrato unilateral, porque en principio el único que queda obligado al tiempo de su celebración es el fiador, ya que no hay que confundir el acto unilateral con el contrato unilateral: en el primero sólo hay una voluntad y en el segundo hay acuerdo de voluntades.

Al efecto, la característica de unilateralidad, - tratándose de actos jurídicos se refiere a la expresión de una sola voluntad y tratándose de contratos se refiere a obligaciones de una sola de las partes, aunque concurren dos o más voluntades.

Sin embargo, no se debe confundir el carácter de - unilateralidad que presenta la fianza en cuanto a su naturaleza contractual, con la característica de ser un - acto jurídico bilateral, pues para su perfeccionamiento se requiere la manifestación de voluntad del acreedor y del fiador, porque lo que se constituye entre ellos es un contrato (10).

Ahora bien, la fianza remunerada puede representar un contrato bilateral porque hay derechos y obligaciones recíprocas entre el fiador y el deudor principal.

(10) Lic. Rojina Villegar Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Tomo IV Páginas 389 y 390.

Debo hacer notar que la constitución gratuita de la fianza no representa una donación, porque el acreedor recibe por el cumplimiento de la fianza sólo lo que se le debe.

Así mismo, la fianza legal o la judicial no podemos aceptarlas como contratos bilaterales, sino actos jurídicos producidos por la manifestación unilateral de la voluntad.

En consecuencia, puedo afirmar que la fianza civil es un contrato sinalgmático imperfecto, porque éste es un contrato unilateral, como el que nos ocupa, pero algunos tratadistas emplean esa denominación para los contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes, aunque por hechos posteriores, durante la vigencia del contrato pueden hacer obligaciones a cargo de la otra parte, hipótesis que puede presentarse en el contrato de fianza-civil.

3) OBJETO DE LA FIANZA

Se designa como tal al elemento real de la fianza asumida en un contrato, en este caso dicho objeto será la obligación fiadora, ya que ésta nace para garantizar una obligación entre un deudor y un acreedor, a esta o-

bligación se le considera como el objeto real de la fianza (11)

La obligación que se garantiza accesoriamente con la fianza se denomina OBLIGACION PRINCIPAL.

La obligación principal puede ser la existente entre el acreedor y el deudor, o la existente entre el acreedor y el fiador, o la que por vía de regreso puede existir entre el fiador y el deudor.

Ahora bien, analizaré el objeto real de la fianza, o sea la obligación principal:

a) En primer lugar tiene que ser una obligación vá lida, existente o posible, aunque puede ser recurrible en virtud de una excepción puramente personal del deudor, o en su defecto que la obligación sea futura.

Estas dos aseveraciones se encuentran previstas en los artículos 2797 y 2798 del Código Civil en vigor, así puedo establecer: (12)

1.- Interpretando adecuadamente el artículo 2797 en su segunda parte con el artículo 2812 del mismo ordenamiento, puedo hacer las siguientes distinciones: (13)

-
- 11) Lic. Ramón Concha Malo. "Revista Mexicana de Fianzas # 13 Elementos jurídicos formales de la Fianza Civil Páginas 1904 y siguientes.
 - 12) Código Civil en vigor para el Distrito Federal
 - 13) IDEM

1.1 La incapacidad del deudor no puede ser invocada por el fiador,

1.2 La falta de forma, que no es excepción personal puramente del deudor, sino también del acreedor, o de cualquier interesado, sí se puede negar por el fiador, artículos 2928 y 2812 a contrario sensu.

1.3 Los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia y lesión pueden ser invocados por el fiador cuando el deudor sea quien lo sufra. Artículos 2930 y 2812 a contrario sensu.

2.- La Nulidad Absoluta de la Obligación Principal, siempre podrá ser alegada por el fiador, artículos 2226 y 2912.

3.- En el caso de que la deuda principal sea futura no podrá reclamarse al fiador, sino hasta que dicha deuda sea liquidada, artículo 2798.

b) Puede tener por objeto un dar o un hacer, pudiendo reducirse en este último supuesto la obligación fiadora a un simple dar, artículo 2800.

Considero que por la accesoriedad de la obligación fiadora, ésta queda reducida o supeditada a la obligación principal, aún en lo que al objeto se refiere, y así encontraremos que la obligación fiadora no puede te

ner por objeto un hacer si la deuda principal tiene por objeto un dar, artículos 2027 y 2800 (14).

c) En la medida y límite de la obligación fiadora, puesto que siendo ésta accesoria de aquélla, no puede ser de un alcance mayor y además sigue su suerte o sea que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal y que lo accesorio (en este caso la obligación fiadora) sigue su suerte de lo principal (en este caso - la obligación del deudor principal) cosa que expresamente prevee nuestro Código Civil en sus artículos 2799 y - 2842 (15)

4) DIFERENTES CLASES DE FIANZA

Vamos ahora a analizar las diferentes clases de fianza, atendiendo no a la obligación principal garantizada accesoriamente, sino al origen de la obligación fiadora o la obligación de otorgarla (16)

En este orden de ideas podemos decir que existen 3 clases de fianzas:

14) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

15) IDEM

16) Lic Efrén Cervantes Altamirano "Revista Mexicana de Fianzas # 12. "la Fianza de Empresa y sus perfiles Característicos" Páginas 55 y 109.

a) Fianza Convencional.-

Es convencional la fianza que se otorga de común acuerdo entre el fiador y el acreedor, o sea, aquella - cuya obligación de otorgamiento deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contratan acreedor y fiador, aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal.

b) Fianza Legal.-

Se llama legal a la fianza impuesta por la Ley con el objeto de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones como por ejemplo tenemos, la que debe prestar el usufructuario, conforme a la fracción II del artículo - 1006 del Código Civil o la que debe otorgar el tutor conforme a la fracción II del artículo 519 del mismo ordenamiento legal.

c) Fianza Judicial.-

Se designa judicial a la fianza que se impone mediante providencia dictada por el Organó Jurisdiccional A estas dos clases de fianzas (Legal y Judicial) las regulan los artículos 2850 al 2855 del Código Civil.

En nuestro Derecho se puede hablar de fianzas propiamente judiciales, pues se dice que el juez no impone la obligación de otorgarlas sin un fundamento legal, lo

cual resulta obvio si se considera la naturaleza de autoridad del juzgador y el principio de legalidad que de be imperar en su actuación, de lo que se concluye que en todo caso, en nuestro derecho Positivo sólo hay fianzas convencionales y legales.

Partiendo de la base que nuestro Código Civil contempla esos dos tipos y de que existen diferencias entre una y otra, las que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) La fianza judicial o más precisamente, la obligación de otorgarla viene a reducirse a una carga procesal, entendida ésta como un deber técnico, tal y como la conceptúan los modernos procesalistas y que se explica diciendo que si una de las partes en la relación procesal trilateral desea la producción de un determinado efecto, debe de realizar un acto previsto en la Ley y ordenado por el juzgador.

b) La fianza legal es simplemente un requisito pre visto en la Ley que debe llenar una persona en determinada situación, pero que no es un simple deber técnico, sino un deber jurídico, ya que se puede obligar al deudor a otorgarla. (Excepción hecha de las fianzas legales que deben otorgar quienes entran a la administración de bienes ajenos, en los que el otorgamiento de la fianza viene a asimilarse a una condición resolutoria).

Debemos advertir, a este respecto, que algunos autores pretenden que la fianza legal sea una carga o modo que debe prestar el deudor voluntariamente si quiere aprovecharse de los beneficios que deriven de determinado contrato, concluyendo que si el acreedor se rehusa a aceptar al fiador propuesta y que sea idóneo, simplemente se acude ante el juzgador y éste tendrá que relevar al deudor de la obligación de otorgar fianza, porque su aparente incumplimiento voluntario de la "condición" y en los términos del artículo 1945 del Código Civil se tendrá por cumplida y por ende queda liberado el deudor de dicha carga.

Sin compartir dicha opinión, como aplicable a todos los casos de fianzas legales sobre todo por lo que respecta a la liberación de deudor de dar fianzas con fundamento en el artículo 1945 del Código Civil, asimilando tal obligación con modo o con carga de otorgar -- fianza legal y es la del usufructuario a título gratuito, cuyo incumplimiento acarrea la extinción del usufructo, artículos 1010 in fine y 1038, fracción IX del Código Civil, pero en este caso, estamos frente a una libertad y ante el efecto clásico del incumplimiento de la carga: la extinción del acto.

En consecuencia, consideramos que la solución para el caso de que el acreedor no acepte al fiador propuesto, reuniendo éste los requisitos previstos en el artículo 2802 del Código Civil, lo que se debe hacer es acudir ante el órgano jurisdiccional para que en todo caso el juez califique la idoneidad del fiador, siguiendo analógicamente el contenido de la primera parte del artículo 2450 del mismo ordenamiento citado.

Debemos consignar que, a pesar de la opinión del Lic Ramón Sánchez Medal de que, tanto en la fianza convencional como en la legal y judicial, estamos frente a un contrato nosotros diferimos de tal opinión, no sólo por lo ya expuesto sobre la posibilidad de una fianza surgida como estipulación a favor de tercero, siempre y cuando el estipulante no sea el propio deudor, sino porque si analizamos detenidamente los dos últimos tipos de fianza señalados, encontraremos algunas salvedades a la afirmación tajante del citado maestro (17).

Sin embargo, este punto lo analizaremos con especial cuidado en el capítulo relativo a la fianza de empresa, razón por la que nos remitiremos al mismo para el estudio de este punto.

(17) Lic. Sánchez Medal Ramón. "Teoría General del Contrato" 6a Edición, 1982. Págs 189 y siguientes.

Estos dos tipos de fianzas, legal y judicial, tienen una reglamentación especial, prevista en los artículos del 2850 al 2855 del Código Civil, que prevén mayores requisitos para el fiador entre los que destacan al que sea solvente y acredite tal solvencia y que al margen de las inscripciones principales de sus propiedades inmuebles, se anote el otorgamiento de la fianza. (18.

5) CLASIFICACION DE LAS FIANZAS

En México la costumbre ha clasificado a las fianzas en tres ramos, ya que la Ley no hace esta clasificación, sino que habla de fianzas en general, así tenemos:

- a) Ramo I Fianzas de Fidelidad.
- b) Ramo II Fianzas Judiciales.
- c) Ramo III Fianzas Generales.

a) RAMO I FIANZAS DE FIDELIDAD (19)

Dentro de este ramo encontramos tres tipos de fianzas, a saber:

- 1) Individual.
- 2) Cédula.
- 3) Global.

(18) Lic Ernesto A. Palacios Arroyo. "Apuntes sacados de las entrevistas sostenidas con el Lic Gerente de la Compañía Mexicana de Fianzas".

Ahora bien, en estos tres tipos de fianza de fide lidad el objeto es el mismo, o sea, afianzar o caucionar los manejos del personal, si de éstos se deriva al guno de los siguientes delitos: robo, fraude, abuso de confianza, peculado o cualquier delito intencional con tra la propiedad de los bienes del beneficiario, que normalmente es una Empresa Mercantil.

Definición de Fianza de Fidelidad.- Es el vínculo jurídico, en virtud del cual una compañía afianzadora, debidamente concesionada se obliga por medio de una póliza de fianza, a pagar al acreedor (beneficiario de la fianza) las responsabilidades provenientes de conductas dolosas a cargo del fiado y en contra del patrimonio del beneficiario, hasta por el monto especificado en la póliza mediante el pago de una cantidad cierta y determinada en dinero llamada "prima".

1) La Fianza Individual de Fidelidad.- Esta fian za generalmente se solicita para caucionar los manejos de los empleados que desempeñan puestos de confianza, y es, auxiliar de una sana administración empresarial por que protege el patrimonio de la empresa, así como de -- conductas deshonestas de sus empleados en bienes y valo res que le hayan sido confiados y de los cuales sean le galmente responsables.

Definición.- Es el vínculo jurídico en virtud del

cual una Compañía de Fianzas debidamente concesionada - por el Gobierno Federal, se obliga por medio de una póliza de fianzas con el acreedor (beneficiario de la -- fianza) a pagar por un solo fiado las responsabilidades dolosas que deriven de éste en contra del patrimonio del beneficiario mediante el pago de una cantidad cierta y determinada en dinero llamada "prima" y que puede ser a cargo del beneficiario o fiado. (El pago de la prima - puede ser a cargo del beneficiario o fiado ya que cualquiera de los dos puede tener el carácter de solicitante de la fianza).

2] Fianza de Fidelidad tipo Cédula.- En este tipo de fianzas se cauciona a un grupo de empleados dentro - de una misma póliza pero por montos diferentes y especí- ficos para cada empleado, a la póliza se anexa un docu- mento con los nombres de las personas caucionadas en esa póliza, dicho documento se llama "Endoso de Alta".

Definición.- Es el vínculo jurídico en virtud del cual una Compañía Afianzadora debidamente concesionada obliga por medio de una póliza de fianza a pagar al a- creedor por los fiados, las responsabilidades dolosas que resultaren a cargo de éstos, en contra del patri- monio del beneficiario y hasta el monto fijado median- te el pago de una cantidad cierta y determinada en di- nero llamada "prima", pago que deberá ser satisfecho por la beneficiaria de dicha fianza.

3) Fianza Global de Fidelidad.- En este tipo de fianza se cauciona por un solo monto a todo el personal de una empresa de la cual ya se ha hecho referencia y ahora se explica:

El personal A, será el de mayor jerarquía, como administrador, gerente, etc.

El personal B, serán los trabajadores de oficina, secretarías, etc

El personal C, serán trabajadores manuales.

La prima en este tipo de fianza se determina por el número de personal caucionado, tomando en cuenta si es A, B, o C y con una tarifa establecida.

Definición.- Es el vínculo jurídico en virtud del cual una Compañía debidamente concesionada por el Estado, se obliga por medio de una póliza de fianza a pagar al beneficiario de la fianza (acreedor) por los fiados, las responsabilidades dolosas que resultaren a cargo de éstos en contra del patrimonio del beneficiario y hasta por un monto general y determinado, mediante el pago de una cantidad cierta y determinada en dinero llamada "prima", pago que deberá satisfacerse por conducto del beneficiario de la fianza.

b) RAMO II FIANZAS JUDICIALES (19).

Son las fianzas que se otorgan a raíz de algún procedimiento jurisdiccional ante la autoridad competente, es por ésto que pueden ser penales, civiles y laborales.

Penales.- Su objetivo es el de facilitar la libertad de los procesados, en tanto que no se resuelva el preciso motivo por el cual se otorga la fianza.

Requisitos.-

- 1) Que el solicitante no sea un reincidente habitual.
- 2) Que la libertad bajo fianza no constituya un peligro para la sociedad.

Civiles.- Las fianzas civiles son aquellas que se otorgan para garantizar los daños y perjuicios por la suspensión de una sentencia, así como la que se expide para garantizar los manejos de un albacea, interventor, tutor, etc

Laborales.- En este caso la fianza se expide cuando se ha dictado un laudo condenatorio en contra de algún patrón y éste solicita el amparo y protección de la

(19) Lic Pedro Olea Elizalde. "Tesis Profesional: La Relación Jurídica entre el beneficiario y la Empresa afianzadora" 1975. Tomada de la Revista Mexicana de Fianzas # 12, páginas 409 y siguientes.

justicia federal, ante el tribunal competente, solicitando a su vez la suspensión provisional.

En consecuencia, a fin de que proceda el amparo, el patrón tendrá que garantizar los daños y perjuicios; así mismo se hace notar que el patrón en caso de solicitar - el amparo tendrá que proporcionar el importe de seis meses de salario al trabajador para la subsistencia de éste.

c). RAMO III FIANZAS GENERALES (20)

Este ramo estará compuesto por todas las fianzas - que no encuadren en ninguna de los dos ramos anteriores y éstos garantizan importaciones fiscales, la correcta inversión de determinados fondos para algún fin específico, garantía para un contrato a obra alzada, tiempo - determinado, arrendamiento, concesión, permisos y autorizaciones, interés fiscal, etc.

6) EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR, FIADO Y BE
NEFICIARIO

-
- (20) Lic Pedro Olea Elizalde. Tesis Profesional: "La Relación Jurídica entre el Beneficiario y la Empresa Afianzadora" 1975. Tomada de la Revista Mexicana de Fianzas Página 411 y siguientes.

Al tratar los efectos de la fianza empezaré por hacer un examen somero de la principal característica del contrato que nos ocupa y que es la accesoriedad, pues de ella se desprende efectos jurídicos de primordial importancia, así mismo de las relaciones jurídicas que origina.

La obligación del fiador está siempre en relación de accesoriedad con la del fiado. Precisamente por su carácter accesorio no puede existir sin una obligación principal y participa siempre de la naturaleza de esa obligación o del acto que se ha querido garantizar y lleva su misma suerte, así, si la obligación principal es nula, la fianza también, si la obligación principal es anulable también la fianza, si la obligación es inexistente también la fianza, si el acto que se ha querido garantizar es confirmado, la fianza quedará igualmente confirmada. (21)

Ahora bien, los derechos y obligaciones que nacen del contrato de fianza tienen entonces carácter accesorio desde su nacimiento y su existencia depende del crédito principal y se transfieren con él.

(21) Lic. Ramón Concha Malo. Revista Mexicana de Fianzas # 13, páginas 201 a 204.

En consecuencia es absolutamente necesario para que pueda existir la fianza, primero que exista una obligación principal y segundo que esa obligación principal -- sea válida.

De lo anterior se desprende el afianzamiento de deudas futuras. A primera vista al constituirse la fianza no existe la obligación principal, así mismo, no es admisible el afianzamiento de dichas deudas futuras, pero nuestro artículo 2798 del Código Civil dice: "Puede también prestarse fianzas en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida"

El precepto citado es desconcertante, pues tal parece que falta la nota de accesoriedad característica de la fianza, por eso se ha dicho con el objeto de aclarar el artículo, que la fianza será válida siempre que afecte a deudas ya contraídas (obligaciones principales existentes), pues de otro modo tendría que reconocerse por la Ley la existencia de una obligación transitoria sin ninguna principal. (22)

(22) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

Esta interpretación del artículo 2798 no ha satisfecho a la doctrina pues los tratadistas sostienen con razón que no están de acuerdo con los principios jurídicos sobre la existencia de las obligaciones, puesto que se puede perfectamente afianzar una obligación futura sin necesidad de que se pierda la nota de accesoriedad, pues la fianza será tan futura como la obligación que garantiza. Por lo tanto la obligación del fiador no nacerá si no nace la obligación principal y es por eso que el Código Civil afirma que no se podrá reclamar al fiador sino hasta que la deuda sea líquida.

Los efectos jurídicos que engendra la fianza son múltiples y pueden clasificarse de acuerdo con las personas que intervienen tanto en el contrato principal - como en el accesorio.

Los efectos jurídicos que resultan de las relaciones entre el beneficiario y el fiador, entre el fiado y el fiador son: entre el fiador y el beneficiario, son los que se provocan principalmente por los derechos procesales que puede ejercitar el fiador cuando el beneficiario le requiere el pago por el deudor, refiriéndose estos derechos a las excepciones que puede poner y a los beneficios que puede hacer valer conforme a la Ley.

En cuanto a las excepciones, nuestro Código Civil contempla en su artículo 2812 lo siguiente: "El fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor".

Es claro que el fiador aunque tercero ajeno al contrato principal tiene interés en que el deudor cumpla con su obligación, por lo que es necesario para él conocer las excepciones que pueda oponer el deudor al ser demandado, pero que tengan como fundamento precisamente en la obligación principal, esto es evidente porque el fiador podrá hacerlos valer justamente en su defensa y beneficio a la hora que sea requerido el pago.

Por lo demás el fiador tiene derecho a oponer excepciones inherentes al contrato de fianza como acto jurídico independiente para esos efectos, en cuyo caso sí podrá oponer excepciones personales en contra del acreedor al ser demandado.

Partiendo de que las excepciones proceden comunmente de las formas de extinción de las obligaciones, podemos hablar de excepciones inherentes a la obligación principal y excepciones inherentes a la fianza, ya que cada contrato tendrá sus propias formas de extinción.

El fiado y el fiador aunque tienen la misma calidad de deudores están en distinta relación con el beneficiario, pues éste puede ejercitar su acción y demandar el pago, pero primero al fiado y después al fiador, el cual de acuerdo con el orden de responsabilidad estará en segundo lugar, a menos que haya renunciado expresamente a

gozar de ese derecho, caso en el cual podrá ser demandado conjuntamente con el fiado o antes.

Los efectos que produce la fianza como consecuencia de las relaciones entre el deudor y el fiador son principalmente los que se refieren a la denuncia del pleito o litis denuntiatio que contiene el artículo -- 2823 del Código Civil y que se refieren a los derechos que tiene el fiador para exigir al fiado que garantice la deuda o sea relevado de la fianza; y los que se refieren a los derechos que obtiene el fiador a hacer el pago por el fiado.

La denuncia del pleito consiste en que el fiador puede conforme a derecho llamar a juicio al fiado en caso de ser demandado por el beneficiario para que oponga las excepciones inherentes a la deuda principal y además las personales que pueda hacer valer. Esto ofrece ciertas ventajas para el fiador, quien con la intervención en el juicio del fiado quedará protegido, pues generalmente desconoce las excepciones inherentes a la deuda principal y no puede oponer las personales del fiado.

Puede darse el caso de que no sea posible emplazar a juicio al fiado, pero si el fiador tiene conocimiento de las excepciones inherentes a la deuda principal y no hace uso de ellas, cuando él quiera repetir en contra -

del fiado, después de haber pagado por fallo judicial, - éste podrá entonces oponerle esas excepciones.

Al efecto dice el artículo 2834 del Código Civil:-
"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 imponerle más excepciones que las que sea inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas".

Tratándose de las excepciones personales que el fiado puede oponer al beneficiario, el fiador lógicamente - está imposibilitado para hacerlas valer, por lo que debe llamar a juicio siempre al fiado, para que éste haga uso de ellas y no se vea perjudicado en cuanto a que no se le dio oportunidad de defenderse; sin embargo el fiado queda protegido en caso de que no sea llamado a juicio, pues esas excepciones puede oponerlas al fiador cuando éste - quiera repetir en contra de él, el artículo 2832 del Código Civil dice a la letra:

"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".

Desde luego que para el fiador la denuncia del pleito constituye una serie de ventajas, por lo que siempre -

debe hacer uso de ellas y así mismo para el deudor es - una garantía, pues le da oportunidad de hacer valer sus derechos en el momento oportuno.

Los derechos que tiene el fiador para exigir al fiado que garantice la deuda o ser relevado de la fianza, - se encuentran consignados en el artículo 2836 del Código Civil que dice: "El fiador puede aún antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza:

- 1) Si fuere demandado judicialmente por el pago.
- 2) Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.
- 3) Si pretende ausentarse de la República.
- 4) Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado y éste ha transcurrido.
- 5) Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo".

Este precepto presupone conforme a derecho que el patrimonio del fiador se encuentra en peligro y que la recuperación de lo que pague le será difícil.

Los efectos jurídicos más importantes que provoca la fianza por la relación fiador-fiado, son sin duda - los que se refieren a los derechos que obtiene el fiador para recuperar lo pagado en defecto del fiado.

El fiador puede exigir al fiado lo pagado, aunque la fianza se haya constituido sin su consentimiento, - pero si se otorgó en contra de su voluntad sólo puede el fiador cobrar lo que pagó hasta el límite en que haya beneficiado al fiado, así mismo si el pago se hizo - mediante transacción entre el fiador y el beneficiario, sólo puede exigir el fiado lo que realmente ha pagado. Puede presentarse también el caso de que el fiador tratándose de obligaciones a plazo o bajo condición, aunque antes de que sea exigible el crédito, entonces no podrá demandar el reembolso al fiado sino que hasta que sea legalmente exigible el cumplimiento de la obligación es decir, hasta que se haya vencido o se cumpla la condición.

Al pagar, el fiador se subroga en los derechos que tenía el acreedor en contra del deudor, como si él fuera el dueño del crédito y, con ese título, puede repetir en contra de éste.

En virtud de la subrogación el fiador tendrá como - vías procesales para exigir el reembolso de lo pagado el juicio ordinario civil o el ejecutivo civil, cuando pagó habiendo sido condenado por fallo judicial, pues en este caso la copia certificada de la sentencia dictada y el documento relativo al pago, constituyen títulos ejecutivos.

7) FORMAS DE EXTINCION DE LA FIANZA

Por su naturaleza de obligación accesoria, la fianza se puede extinguir en dos formas: a) por vía indirecta o por vía de Consecuencia, cuando la obligación principal se extingue y b) Por vía Directa cuando la obligación accesoria de fianza se extingue aunque subsista la obligación principal.

a) Por Vía Indirecta.- Si la obligación principal se extingue por cualquiera de las formas de extinción previstas en el Código Civil, obviamente se extingue por consecuencia la obligación fiadora, ya que desaparece el objeto de la misma, que es, la obligación principal. Por eso el artículo 2842 del Código Civil establece que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las obligaciones.

Existe una excepción a la regla anterior, y es que la obligación fiadora subsiste a pesar de que se declare la nulidad de la obligación principal, si la nulidad depende de una excepción puramente personal del deudor principal. La razón de ser de esta excepción estriba en que la fianza se contrata para evitarse el acreedor el riesgo de restituir lo que hubiere pagado como contraprestación. Lo que no significa que el fiador soporte en su patrimonio lo que hubiere pagado por el deudor

ya que conserva frente a éste la acción de repetición o de reembolso, que en el último de los casos y tratándose de incapaces tendrá como fuente el enriquecimiento ilegítimo, puesto que la Ley Tutelar al declarar nulos los actos de los menores, es el que se abuse de su inexperiencia e ignorancia, pero no el que con base en ellos se enriquezcan en detrimento de otros. (Artículo 2075 del Código Civil) (23).

En consecuencia, la obligación fiadora se extingue si la obligación principal se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

1) Por pago hecho por el propio deudor al igual - que por un tercero, si el acreedor no lo ha subrogado - en sus derechos, o sea, cuando estemos en presencia de una subrogación convencional, no así en la subrogación - legal o ante una simple cesión de crédito. Artículos - 2062, 2072, 2058 y 2032 del Código Civil.

2) Por ofrecimiento de pago, seguido de la consi^gnación de la cosa debida. Artículos 2097 y 2102 del Código Civil.

(23) Comentarios del Lic. Ramón Concha Malo. Revista Mexicana de Fianzas # 13 páginas 229 y 230.

3) Por declaración de nulidad absoluta de la obligación principal, en todos sus casos (artículo 2226); inexistencia en todos sus casos (artículo (2224) y nulidad relativa, excepto cuando ésta derivase de incapacidad (artículo 2227 y demás relativos del Código Civil). Igualmente en los casos de que declaran o condenan la evicción, a la nulidad de actos en fraude de acreedores y en los casos de nulidad por simulación absoluta. Artículos 2125, 2163 y 2182 - del Código Civil en vigor.

4) Por compensación entre el deudor y el acreedor o simplemente reduciéndose la obligación principal y si milarmente la obligación fiadora. Artículos 2185 y - 2186 del Código Civil. Admitamos de nuevo que el fiador puede oponer al acreedor la compensación de lo que éste le deba al deudor principal. Artículo 2199.

5) Por confusión entre el acreedor y el deudor, - ésto es cuando el acreedor o en el deudor se unan en - sí mismas la calidad de deudor y acreedor. Artículo -- 2206 del Código Civil.

6) Por remisión total o condonación parcial de - la deuda principal, salvo que en el segundo caso, sólo se reduce porporcionalmente la obligación principal, - artículos 1135 y 1147.

7) Por caso fortuito o fuerza mayor que impidan al deudor principal cumplir. Artículo 2111 del Código Civil.

b) Por vía directa.-

La obligación fiadora se extingue como cualquiera de las obligaciones y por todas aquellas causas previstas en la Ley o derivadas de la voluntad de las partes. Consecuentemente podrá extinguirse :

1) Por pago, aún hecho por un tercero, pues en todo caso, éste subroga en los derechos del acreedor - que podrá repetir contra el deudor principal y si no lo ha subrogado el acreedor, podrá repetir en virtud de un enriquecimiento ilegítimo.

2) Por ofrecimiento de pago y consignación.

3) Por declaración de inexistencia, nulidad absoluta o relativa de la propia obligación fiadora.

4) Por compensación entre el acreedor y fiador, - por reunir ambos las características de deudores y acreedores, sólo que el fiador habrá de esperarse para oponer dicha excepción hasta que el acreedor lo demande.

5) Por confusión entre el deudor y fiador, excepto por lo que toca al subfiador, cuando la confusión deriva de haber heredado uno al otro (artículo 2843). Igualmente por confusión entre el acreedor y el fiador.

6) Por remisión hecha por el acreedor en favor del fiador, reduciéndose sólo si la condonación es parcial no obstante la deuda principal subsista íntegra.

Pero también existen otras formas de extinción de la fianza que son sólo propias de esta figura:

1.- En el caso de la cesión de deuda, si no se le ha pedido su consentimiento al fiador, artículo 2055.

2.- Por haberse novado la obligación principal, sin haberse reservado la fianza previo consentimiento del fiador (artículo 2221).

3.- Si por culpa o negligencia del acreedor el fiador no puede subrogarse en sus derechos, privilegios e hipotecas (artículo 2845)

4.- Por haberse concedido una prórroga o espera al deudor principal, sin que hubiese consentido en ello el fiador (artículo 2846).

5.- Cuando el acreedor y deudor principal han transigido sin consentimiento del fiador (artículo -- (2952)).

6.- En el caso de los confiadores, la liberación que haga el acreedor a uno de ellos sin el consentimiento de los otros, aprovecha a los demás hasta donde al-

cance la parte del coafiador librado (artículo 2844).

7.- En general puedo decir que se extingue por vía directa la obligación fiadora en todos aquellos casos en que se sujete la obligación principal, sin consentimiento del fiador a nuevos gravámenes o condiciones más onerosas (artículo 2847).

8.- Existen otras causas de extinción de la fianza por vía directa y que se preveen en los artículos 2821, 2848, 2849, que no analizaré porque se refieren al beneficio de excusión del que no gozan las Compañías Afianzadoras.

C A P I T U L O I I I

LA FIANZA DE EMPRESA

1) CONCEPTO DE FIANZA DE EMPRESA

Siendo el sistema de crédito la base fundamental - sobre la cual descansa actualmente la celebración de los actos mercantiles, el Estado ha intervenido de distintas maneras para garantizar la estabilidad económica y la seguridad a los inversionistas, una de ellas es precisamente el concesionar y controlar a las compañías especializadas en otorgar fianzas, ya sea a favor del propio Estado o a favor de particulares.

La creación y funcionamiento de las empresas afianzadoras asegura el cumplimiento de los créditos que ellas garantizan, evitando al máximo pérdidas económicas, especialmente si se trata de proteger a los particulares en sus inversiones, o a las dependencias del Estado en las deudas a su favor o para el caso de protección por la - malversación de fondos que pudieran hacer los empleados.

Así pues, el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha intervenido para fomentar una figura jurídica que proteja la estabilidad del sistema de crédito en beneficio de la Ecou

nomía Nacional; teniendo que contener esta figura jurídica los lineamientos de un Contrato de Fianza para que se pudiera pactar y celebrar por cualquier interesado, pero siempre siendo el fiador una compañía o empresa con capital suficiente para cubrir el pago de la deuda sin peligro de pérdida para el acreedor.

Es pues esta figura jurídica un Contrato de Fianza que se celebra por instituciones especializadas y concesionadas por el Gobierno Federal y que faculta discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, que participa de las características generales de la Fianza Mercantil y que además reúne peculiaridades propias que la hacen ser distinta a la Fianza Civil.

Es necesario mencionar que es un contrato porque es un acto jurídico bilateral, ya que crea y modifica derechos y obligaciones.

Es un Contrato Mercantil porque se celebra por empresas especializadas, en forma sistemática y con ánimo de lucro.

Con el fin de obtener elementos suficientes para formular un concepto de esta figura jurídica que tratamos, debemos examinar el contrato de fianza de empresa-

observando los derechos y las obligaciones que producen para las partes que en él intervienen: Empresa y Fiado, además, estudiar también la situación del acreedor como tercero en el contrato, porque aunque jurídicamente no interviene en forma directa en la celebración del contrato, en la práctica su intervención tanto pasiva como activa es importante.

Es un contrato de conformación compleja que se celebra entre la compañía concesionada por el Gobierno - Federal y el fiado, para que la primera garantice el pago de la deuda del segundo a un tercero que es el acreedor o beneficiario.

Hasta aquí puedo advertir que lo expuesto es lo más fundamental en un contrato de fianza, ya sea civil o mercantil, pues como se afirmó con anterioridad, el contrato de Fianza de Empresa presenta características que lo hacen totalmente original y complejo en su estructura, principalmente en las relaciones jurídicas que crea entre las partes que lo celebran y el beneficiario acreedor (1).

(1) Apuntes tomados de las clases de los cursos sobre Fianzas impartidas por el Lic. Ernesto A. Palacios Arroyo. enero de 1984.

Entre la empresa afianzadora y el deudor o fiado, existe una relación jurídica directa, ya que el derecho de uno le corresponde la obligación del otro y viceversa. La empresa se obliga a garantizar la deuda del fiado y éste se obliga a pagar a la empresa un porcentaje por concepto de prima, es decir como pago por la garantía del cumplimiento de su deuda a un tercero; la empresa tiene el derecho de cobrar al fiado el importe del porcentaje que se convenga por prestarle la garantía, el fiado tiene el derecho de gozar de la garantía que le ha otorgado la empresa afianzadora.

En efecto, el fiado y la empresa afianzadora llegan en teoría jurídica a un acuerdo de voluntades que produce derechos, provechos y gravámenes recíprocos, de ahí que sea un contrato bilateral y oneroso.

La primera de las características citadas no admite discusión, de acuerdo con los principios elementales de los contratos; la segunda característica es inherente al contrato de fianza de empresa, que siendo mercantil persigue finalidades lucrativas para la empresa fiadora a cambio de la prestación de la garantía.

O sea que el contrato de fianza es esencialmente oneroso pero debe ser celebrado siempre por una institución de fianzas, es decir, por una empresa concesionada por el Gobierno Federal para tal fin (2).

Entre el acreedor y el fiado existe también una relación jurídica directa emanda de un contrato que produce principalmente una obligación para el fiado de pagar al acreedor; o simplemente surgida de la obligación que el fiado tiene para con el acreedor aunque no exista un contrato, como es el caso de la deuda o organismos del Estado por concepto de impuestos, multas, cuotas, derechos, aprovechamientos, etc

Dicha relación jurídica es la que provoca la relación principal, que a su vez es la fuente que origina el contrato de garantía accesorio de aquélla y que puede nacer ya sea por acuerdo entre las partes que intervienen en la obligación principal o porque se cumpla la exigencia de la Ley, como es el caso de las Fianzas Penales o también cuando se trata de garantizar un crédito a favor del Estado.

Propiamente en el contrato de garantía no existe ninguna relación jurídica entre el fiado y el acreedor simple y sencillamente podemos admitir que la ejecución o no ejecución de la fianza está supeditada al cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal por el fiado, y que de esa relación jurídica que existe entre el fiado y el acreedor en la obligación principal

(2) Artículo 5o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

dependerá de la existencia del Derecho del acreedor a ejercitar acción en contra de la empresa para hacer efectivo su crédito y también la existencia de la obligación de la empresa a pagarle al acreedor. Es aquí el carácter necesario fundamental de los contratos de fianza.

Pero no debemos olvidar que en la práctica frecuentemente es el contrato de fianza el que provoca la aceptación por el acreedor de la obligación del deudor, propiamente es el contrato de fianza que celebre el futuro deudor con la empresa, que está supeditada al nacimiento de la obligación principal, pues el futuro acreedor de un contrato trata siempre de garantizar el crédito que va a otorgar y si no existe garantía seguramente no habrá contrato principal.

Lo anterior suele suceder cuando los contratos son los que constituyen el acto jurídico principal del accesorio de garantía, pero cuando la deuda ya es exigible la fianza opera como un recurso práctico para evitar la ejecución en bienes del deudor, si es que lo admite el acreedor y entonces estamos en presencia de la característica de accesoriedad del contrato de fianza, ya sea desde su nacimiento y durante toda su existencia, porque en el primer caso la fianza de empresa no es un -- contrato accesorio en un principio, sino más bien un -

elemento indispensable para que pueda celebrarse un contrato principal, aunque ya celebrado éste, tome la fianza de empresa su inminente característica de accesoridad.

En cuanto a las relaciones que origina la fianza - de empresa entre el acreedor y la empresa afianzadora, - es interesante observar que en un principio, al tiempo de constituirse el contrato no existe entre ellos ninguna relación jurídica, aunque con frecuencia, sea el acreedor quien interceda para que el fiado contrate -- con la afianzadora la garantía para el acreedor, y éste se encargue de que el fiado pague las primas a la - empresa fiadora.

La relación jurídica entre el acreedor y la empresa afianzadora nace cuando se presenta el incumplimiento del deudor en el pago de la deuda, pues entonces el acreedor aprovechándose de lo estipulado en su favor en el contrato de fianza, puede requerir y ejercitar acción en contra de la empresa para recuperar el pago de la deuda y la empresa afianzadora tiene que cumplir con la obligación que estipuló a su cargo en el contrato de Fianza de Empresa.

Desde otro punto de vista, también es posible considerar que la relación jurídica existe desde la celebración del contrato de fianza a manera de una declara-

ción unilateral de la voluntad que hace la empresa afianzadora a favor del acreedor, o sea, una estipulación a favor de un tercero, que origina el derecho del acreedor para requerir a la empresa el pago de la deuda si se da el caso de que el deudor no cumpla, pues el derecho del acreedor (tercero) nace de esa estipulación en el momento de perfeccionarse el contrato y desde entonces, aún ignorándolo el tercero, adquiere una acción directa que entra en su patrimonio. Así tenemos que el contrato de fianza de empresa es válido entre los que lo celebran y confieren al fiado el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación a favor de un tercero el derecho de exigir de la empresa afianzadora la prestación a que ésta se ha obligado, si se presenta el supuesto de incumplimiento del fiado.

A mayor abundamiento el contrato de fianza de empresa contiene una estipulación a favor de tercero como garantía del crédito que ha otorgado, pues así nos lo demuestra el carácter oneroso de este tipo de contratos y la seguridad de los créditos que garantizan mediante la tutela y vigilancia del Gobierno Federal en las empresas especializadas y que actúan como fiadoras.

Además de estas relaciones jurídicas que engendra el contrato de fianza de empresa, presenta peculiaridades propias que lo hacen ser distinto a las demás clases de fianzas. Entre ellas encontramos las caracterís-

ticas de sus elementos cuyo estudio es importante, pues para elaborar un concepto de fianza de empresa tendremos que tomarlos en cuenta.

Sus elementos esenciales como en todos los contratos son: el consentimiento y el objeto.

El consentimiento lo constituye el acuerdo de voluntades que realizan las partes contratantes: el fiado y la empresa afianzadora; a diferencia de la fianza civil, - en la cual el consentimiento del fiado es irrelevante para la celebración del contrato, en la Fianza de Empresa, el fiado sí manifiesta su voluntad, porque se obligó a pagar las primas a la empresa por la prestación de la - garantía.

El objeto de la fianza de empresa es la prestación de la garantía o sea la garantía del cumplimiento de una obligación en forma personal y distinta de la obligación principal garantizada.

En cuanto a la formalidad que debe observarse en la celebración de este contrato, siendo de naturaleza mercantil, se presume que cada uno se obligó en la manera que aparezca que quiso obligarse, sin que para su validez se requiera la observancia de formalidad alguna, no obstante la Fianza de Empresa debe celebrarse por escrito, pero solamente para que sirva como documento probatorio de las obligaciones asumidas.

Los elementos de validez son los mismos que contiene la fianza civil, con las modalidades que desde luego les impone la legislación mercantil.

Los más importantes para nuestro estudio son los elementos específicos de la fianza de empresa, pues ellos la caracterizan y le dan estructura. Así podemos decir que son: la garantía de la deuda ajena o prestación de la empresa afianzadora, la prima o prestación que debe pagar el fiado y por último la empresa afianzadora.

La garantía es una prestación que otorga la empresa afianzadora para proteger el pago de la deuda ajena. La garantía es común en todos los contratos de fianza, ya sean mercantiles o civiles, solamente que en el caso que tratamos es otorgada por una empresa especializada y concesionada por el Estado.

La prima que debe pagar el fiado, es el valor de la prestación de la garantía que se le otorga, pues no se debe olvidar que este tipo de fianza es de carácter oneroso.

El tercer elemento es la Empresa Afianzadora, que debe ser constituida como sociedad anónima de capital fijo, con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiendo contar con la conce-

sión del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, esta concesión es por su propia naturaleza intransmisible y debe ser especializada en prestar este tipo de garantías, con lo cual se favorece la seguridad del crédito y el cumplimiento del pago de la deuda por la fiadora en caso necesario, ya que el Estado exige determinadas cualidades de solvencia y organización para que puedan funcionar, protegiendo y vigilando los intereses de los acreedores cuyos créditos han sido garantizados con Fianza de Empresa. (3).

Concluyendo y tomando en cuenta la manera como se gesta el contrato de fianza, la calidad de la parte fiadora, las relaciones jurídicas que produce para las personas que en él intervienen, sus características principales, sus elementos y su finalidad económica, puedo afirmar que la fianza de empresa es un contrato mercantil mediante el cual una institución de fianzas en uso de la concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se compromete a título oneroso con el beneficiario (acreedor) a cumplir una obligación en caso de que el afianzado (deudor principal) no lo haga.

(3) Artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

2) SU NATURALEZA MERCANTIL

Existen dos criterios fundamentales de los cuales debemos de partir para determinar la naturaleza mercantil de la fianza de empresa.

El primero, que podemos denominar subjetivo, es el que atiende esencialmente a la calidad de los sujetos - que toman parte en la celebración del contrato, lo que es igual a considerar que la fianza de empresa es mercantil si los sujetos que la celebran son comerciantes

El segundo que podemos denominar objetivo, que atiende esencialmente al hecho de que el contrato de fianza de empresa sea en sí mismo un acto de comercio, por lo que las obligaciones que de él resulten tendrán la calidad de mercantiles.

De acuerdo con el primero de los criterios tendremos que analizar el por qué del carácter mercantil del contrato que nos ocupa, determinado por el hecho de que en él toma parte siempre una compañía especializada. Es necesario comenzar el análisis partiendo de la propia legislación.

El contrato de fianza de empresa que es el que expiden en forma sistemática y con ánimo de lucro las sociedades concesionadas para ello, está regulado por la

Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como un acto mercantil, según se infiere de su artículo 2o. que dice: "Las Fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas serán mercantiles para todas las partes que intervengan ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiados, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria". (4).

Es conveniente examinar los fundamentos jurídicos de la aseveración contenida en el artículo transcrito, pues suele suceder frecuentemente que los ordenamientos legales que rigen una materia en especial, sean contradictorios a otros ordenamientos que rigen en un ámbito general en el cual puede quedar contenida la materia especializada.

Para obtener las bases legales de la naturaleza mercantil de la fianza de empresa, comenzaremos por separar la del concepto legal de fianza en general que se contiene en el artículo 2794 del Código Civil que dice: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace" (5).

(4) Artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(5) Código civil en vigor para el Distrito Federal.

El artículo 2811 del mismo ordenamiento dice: "Que dan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan" (6)

El artículo transcrito excluye de la generalidad de las fianzas que pudieran contenerse en el artículo 2794 del Código Civil, a un tipo especial de fianzas que desde luego no quedando dentro del ámbito del derecho civil, pertenece al derecho mercantil, ya que el contrato de fianza por la calidad de los intereses que protege en forma inmediata, siempre cae dentro del ámbito del derecho privado y no debemos olvidar que el civil y el mercantil son las dos ramas que integran éste.

Admitiendo pues, que la fianza de empresa es un contrato que fuera del derecho civil, tenemos que aceptar que es un contrato mercantil.

Debemos así mismo, realizar un análisis del carácter mercantil del contrato que nos ocupa, pues nos obliga a hacerlo lo anteriormente afirmado, para ello tenemos que remitirnos al Código de Comercio.

El artículo 3o. del Código de Comercio dice: Si reputan en derecho comerciantes: (7)

(6) Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

(7) Código Federal de Comercio en vigor.

- I Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II Las sociedades constituídas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III Las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de éstas dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio

Interpretando la fracción I, es dable afirmar que quedan comprendidas dentro de ellas todas las personas que realizan ciertas actividades que les producen beneficios económicos en un momento dado, sin que sea necesario que esas actividades tengan que obedecer a un número determinado de actos de comercio o a una reiteración de ellos para que pueda decirse que han adquirido la calidad jurídica de comerciantes, así mismo, tampoco es necesario que los actos que ejecutan tengan que obedecer a una sistematización o a una ordenación, simplemente basta el ánimo de lucro con que el sujeto ha realizado el acto jurídico que le va a producir ganancias.

Lo anteriormente afirmado se puede concluir del artículo 4o. del mismo ordenamiento que dice: "Las personas que accidentalmente con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas - para ello a las leyes mercantiles..." (8)

La fracción II del artículo 3o. citado, afirma claramente que son comerciantes todas las sociedades que se organicen conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles. (9)

Así mismo la fracción III afirma la misma idea anterior, pues las sociedades extranjeras deberán sujetarse a las Leyes Nacionales para realizar sus actividades, o sea, a las Leyes Mercantiles de nuestro país. (10)

Ahora bien, la fianza de empresa es un contrato -- que se celebra como ya hemos visto, por una empresa especializada, por una institución de fianzas que siempre tiene que constituirse como Sociedad Anónima, así lo ordena el Título Primero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

A su vez la Ley General de Sociedades Mercantiles dice en su artículo 1o. "Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles: fracción IV.--- Sociedad Anónima (11)

(9) Código Federal de Comercio en vigor.

(10) IDEM

(11) Ley General de Sociedades mercantiles en vigor

Este mismo ordenamiento en su artículo 4o. dice:
"Se reputan mercantiles todas las sociedades que se constituyen en alguna de las formas reconocidas por el artículo 1o. de esta Ley. (12)

De lo anterior podemos obtener como conclusión que juzgando el contrato de fianza de empresa desde un punto de vista subjetivo, de acuerdo a las personas que lo celebran, como siempre interviene como fiador una Institución de Fianzas, que además siempre debe estar constituida en forma de Sociedad Anónima, es un acuerdo con la fracción II del artículo 3o. del Código de Comercio, las instituciones de fianzas se refutan como comerciantes y por tanto, los actos que realicen con ese carácter pertenecen al Derecho Mercantil, de ahí que podamos afirmar - que el contrato de fianza de empresa es de carácter netamente mercantil (13)

Hasta aquí hemos juzgado el problema desde un punto de vista subjetivo, pues se ha tomado en cuenta la calidad de las personas que intervienen en la celebración del contrato de fianza de empresa, en concreto la institución de fianzas para afirmar que es de naturaleza mercantil.

(12) Ley General de Sociedades Mercantiles en vigor.

(13) Revista Mexicana de Fianzas # 11 Lic. J. Alberto Solís Marín. "El Procedimiento de Ejecución de la Fianza de empresa página 396 y 397.

Siendo el segundo de los criterios que mencionamos al principio de esta disertación, vamos a juzgar el problema desde un punto de vista objetivo, tomando en cuenta el carácter intrínseco del contrato de fianza de empresa para observar si en esencia es un acto mercantil.

Para lograr esta finalidad tendremos que a partir del artículo 74 del Código de Comercio que a la letra dice: "La Ley reputa actos de comercio: fracción XXIV Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código" (14)

Y es que no podemos negar que la fianza de empresa lleva implícita en sí misma la actividad empresarial en caminata indudablemente a obtener ganancias mercantiles, aunando todos los recursos usuales y propios de los negocios, como la especialización, la sistematización, la propaganda, etc.

Abundando un poco más, encontramos que es válido afirmar de acuerdo con la clasificación de los actos de comercio que hace el Lic Lauro D. Olvera Galván, que la naturaleza mercantil del contrato de fianza de empresa, obedece a que es precisamente un acto de comercio bilateral de mercantilidad condicionada por el sujeto y --- principal. (15)

(14) Código Federal de Comercio en vigor

(15) Apuntes tomados en clase durante el 1er curso de Derecho Mercantil impartido por el Lic. Lauro D. Olvera Galván, 1981.

Bilateralidad porque es un contrato que se perfecciona por consentimiento de las partes que en él intervienen; de mercantilidad condicionada por el sujeto, porque precisamente adquiere la calidad de mercantil en virtud de que en su celebración siempre la parte fiadora es una sociedad anónima especializada en tales operaciones, es decir, una empresa afianzadora y principal porque es evidente que constituye un acto que produce obligaciones de naturaleza mercantil absolutamente independiente, sin que pueda verse modificado ni esencial ni accidentalmente por el hecho de que el crédito que garantice tenga como fuente una obligación civil, penal, fiscal, etc., además, de que existe legislación que determina en definitiva su calidad mercantil tal como se ha observado y constatado en las líneas anteriores.

3) LA FIANZA DE EMPRESA COMO CONTRATO

No existe ningún obstáculo para aceptar dicha teoría contractual, cuando en efecto como en el caso de la Fianza de Fidelidad, el acreedor es quien contrata con la empresa afianzadora el otorgamiento de la fianza.

Sin embargo, ésta no es regla común, ya que el acreedor fuera del caso mencionado, es totalmente ajeno al otorgamiento de la garantía y es más bien el propio deudor principal quien acude con la afianzadora a solicitar la expedición de una Póliza de Fianza.

No obstante lo anterior, hay autores que siguen - sosteniendo que para la existencia de la fianza de empresa es necesario un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador en todos los casos.

Por lo tanto, considero inconsistente e indefendible esta postura fuera del caso ya expresado de la Fianza de Fidelidad y la razón jurídica es muy obvia, para hablar de contrato necesitamos el concurso de dos voluntades, pero si nos hallamos frente a una expresión de voluntad con fuerza vinculatoria del fiador, malamente podremos hablar de consentimiento y menos de contrato.

4) LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO DENTRO DE LA FIANZA DE EMPRESA

Decimos sólo que la fianza puede existir como estipulación a favor de tercero, ya que la declaración unilateral de voluntad, según la doctrina, no es una fuente general de obligación, ésto es que la misma sólo tendrá fuerza vinculatoria en aquellos casos en que expresamente la ley le conceda esa característica, de ahí algunos tratadistas hablen de una fuente conjunta o mixta o sea la expresión de la voluntad y el reconocimiento legal.

Pues bien, en las diversas figuras de declaración de voluntad unilateral que reconoce nuestro Código Civil, en sus artículos del 1860 al 1881 la única que po

dría operar para efecto de dar nacimiento a una obligación unilateral de voluntad, prevista en los artículos 1868 a 1872 del citado Código. (Hablamos sólo de los artículos señalados que configuran el apartado de la declaración unilateral de voluntad en nuestro Código Civil, pues más adelante veremos que sí cabe una fianza emanada de una simple declaración unilateral de voluntad, pero veremos que en tal caso existe una disposición legal que le da fuerza vinculatoria. Ya habíamos previsto anteriormente esta posibilidad siguiendo el criterio de Enneccerus que como alemán éste muy imbuido en la teoría tradicional, ya superada, de que sólo el consentimiento, o sea, la concurrencia de dos voluntades puede crear relaciones de derecho (16)

Independientemente de las controvertidas teorías de la estipulación a favor de tercero es una declaración unilateral de la voluntad o sólo una derogación al principio de que ALTERI MENO STIPULARI POTEST, o sea que nadie puede obligarse a favor de otro que ha sido ajeno a la relación jurídica de la que ha brotado tal obligación y que por ende sólo estamos frente a una derogación del principio de la relatividad de los contratos, independientemente de tal controversia, repito, y partiendo de

(16) Enneccerus, Lehmann. Derecho de las obligaciones Volumen II página 462. (citado por el Lic. Ruiz Rueda "La fianza de empresa" Página 45.

la base de que nuestro Código Civil lo considera una forma de declaración unilateral de voluntad, analicemos si es factible lógica y jurídicamente el que la obligación fiadora brote de una estipulación a favor de tercero.

Analicemos ante todo los efectos que produce la estipulación:

a) El tercero tiene el derecho de exigir del promitente, ésto es del obligado a la estipulación, la prestación a que se ha obligado éste y establecida a favor de aquél, artículo 1869 del Código Civil en vigor.

b) Sin embargo el estipulante, ésto es el que obtuvo del promitente su anuencia para obligarse a favor del tercero y el propio promitente pueden privar de ese derecho al tercero, artículo 1869 del mismo ordenamiento legal.

c) El estipulante tiene el derecho de exigir al promitente el cumplimiento de la obligación que contrajo, artículo 1869, in fine.

d) Aunque el derecho del tercero, por regla general nace desde el momento de perfeccionarse el contrato puede sujetarse a las modalidades que juzguen convenientes - el promitente y el estipulante, artículo 1870 del Código Civil.

e) La estipulación puede ser revocada mientras el tercero no manifiesta su voluntad de aprovecharla. Aquí debe aclararse que de acuerdo con la doctrina este derecho sólo corresponde al estipulante y nunca al promitente, artículo 1871 del Código Civil.

f) El promitente puede, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato.

Ahora analicemos si es factible que, con las anteriores características, se puede dar una obligación fiadora como estipulación a favor de tercero.

Pensemos en un primer supuesto que un tercero que no es el dador principal estipula del fiador el que éste se obligue accesoriamente frente al acreedor por la deuda del obligado principal.

Creemos que no hay ningún inconveniente, si no le priva al acreedor del derecho, de exigir del promitente fiador el cumplimiento de la obligación fiadora, ya que de otra suerte se puede hacer nugatorio su derecho si el estipulante es negligente en exigir del promitente el pago de la prestación, artículo 1869, primer párrafo y siempre y cuando se prive al promitente el derecho de oponerle al acreedor las excepciones derivadas del contrato, por las mismas razones, a menos de que se trate de una verdadera liberación del estipulante, artículo 1872.

No se opondrá a lo afirmado la consideración de - que el estipulante sujeto a modalidad la estipulación, artículo 1870, puesto que el fiador, en este caso promitente puede obligarse a menos que el deudor principal artículo 2799 y por ello nada consta que dicha obligación se sujete a mayores requisitos que la principal.

Pensemos ahora en el supuesto de que sea el propio deudor principal el que estipule con el fiador a favor del acreedor.

Creemos que tal situación no es posible, puesto - que se derogan, si no todos, la inmensa mayoría de los principios antes señalados y previstos en el Código Civil y que rigen las estipulaciones a favor de tercero, máxime que dichas normas no tienen un carácter puramente supletorio, sino que son el sustento de esta fuente especial de obligaciones.

5) FIANZA PRESTADA POR COMERCIANTES O PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES MERCANTILES

Primeramente analizaré en forma más amplia el concepto de acto de comercio, ya que en el punto dos de - este capítulo lo expuse de una manera breve con el fin de exponer el estudio sobre su naturaleza mercantil de la figura jurídica que nos ocupa en este estudio.

Así podemos decir que el concepto de acto de comercio ha evolucionado a través de la doctrina y las diversas legislaciones que rigen al Derecho Mercantil y el -- criterio para atribuirle mercantilidad a un acto determinado no ha sido uniforme, ni estático.

En efecto las primeras legislaciones mercantiles - fueron esencialmente subjetivas, porque regulaban la actividad de los comerciantes en el ejercicio de su profesión, o sea, atiende a la calidad de los sujetos la relación jurídica y así se llegó a afirmar que los actos- que constituyen el fundamento de la función mercantil y que por ser emanados de la actividad de los comerciantes se reputan comerciales, así mismo conservan este carácter aún cuando sean realizados por quien no sea comerciante, como se puede observar el sello de la comercialidad se ha transferido al acto, este último criterio es netamente objetivo, subsistiendo, como hemos señalado, junto con el subjetivo.

Sin embargo dentro del criterio objetivo se da una evolución posterior, que para atribuir mercantilidad intrínseca al acto jurídico se atiende a la idea de lucro, primeramente, después a la idea de especulación a la interposición económica y a la interposición en el cambio llegando por último a concluir que es acto de comercio legal aquél que el legislador ha designado como tal.

Esta última solución es imperfecta, por acudir a -- las enumeraciones en lugar de definir el acto de comer-- cio, se ha considerado por muchos autores una solución - práctica porque una vez que el legislador ha declarado - comercial un acto, no permite posteriores investigacio - nes sobre el carácter que al mismo ha dado. Sin embar - go una alternativa concisa consistente en que si el le - gislador enumera los actos que considera de comercio, de - ja abierta la posibilidad de que actos distintos aunque - análogos se consideren mercantiles.

Esta última alternativa la adopta nuestro Código de Comercio, pues en su artículo 75 contiene una enumera -- ción de los actos que la ley reputa de comercio; pero en su fracción XXIV deja abierta la posibilidad de que se consideren mercantiles otros actos de naturaleza análo - ga y en su último párrafo establece que en caso de duda la naturaleza comercial del acto, será fijada por arbi - trio judicial. (17)

Por lo anterior es válido clasificar los actos de comercio de la siguiente manera, respetando todas las - posibles clasificaciones existentes, así tenemos que:

(17) Código Federal de Comercio en vigor.

- a) Actos principales subjetivamente mercantiles.
- b) Actos accesorios subjetivamente mercantiles.
- c) Actos principales objetivamente mercantiles.
- d) Actos accesorios objetivamente mercantiles.

En cuanto al primero, son actos principales subjetivamente mercantiles, las obligaciones de un comerciante -- aunque no deriven de un acto de comercio objetivo, y -- siempre que no se trate de un acto de naturaleza puramente civil.

Por lo que cabe a los terceros, o sea, los actos -- principales objetivamente mercantiles, son los que tienen una índole intrínsecamente comercial, independiente de su agente, a éstos actos se les llama absolutamente mercantiles.

Con respecto de los actos accesorios, ya sea objetivamente o subjetivamente según el caso, son aquéllos que facilitan o aseguran un acto de comercio de los denominados principales y de donde asumen su carácter mercantil.

Ahora bien, analicemos el efecto de que si la fianza es prestada por comerciantes, o bien, si es para garantizar una obligación de tipo mercantil. Partiendo -- de la base de configurar la fianza como acto de comercio subjetivamente principal, creemos que si se da, baste -

pensar en una fianza otorgada por comerciantes, siempre y cuando no se garantice una deuda puramente civil artículo 75 fracción XXI del Código de Comercio. (18)

En lo que se refiere a la fianza como acto de comercio objetivamente principal, su efecto es autónomo porque depura a la fianza prestada por comerciantes y como consecuencia es obvio considerar a la llamada Fianza de Empresa como un acto meramente comercial (artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que a la letra dice: "Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las Instituciones de Fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha en la garantía de hipoteca". Artículo 113 del mismo ordenamiento legal: "En lo no previsto por esta ley regirá la legislación mercantil y el título decimotercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal" (19)

Por lo que toca al acto de comercio objetivamente accesorio, el efecto que surge de una fianza otorgada en garantía de un contrato de comercio existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil. Ya que siempre será mercantil la fianza que se otorgue en ga-

(18) Código Federal de Comercio en vigor.

(19) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

rantía de una obligación mercantil, pero si cabrá una fianza para garantizar una obligación y saber la característica de accesoriedad para conocer si es mercantil o civil.

La fianza como acto de comercio subjetivamente accesorio directamente se presenta cuando se garantiza una obligación subjetivamente principal de un comerciante - (artículo 75 fracciones XXI y XXIV del Código de Comercio) (20).

En conclusión del análisis anterior, se desprende que la fianza puede caber en todos los tipos de actos de comercio que hemos enumerado, en consecuencia debemos sostener la posibilidad de una fianza de empresa -- prestada por comerciantes aunque alguna de las partes no lo sea, ya que hay fianzas mercantiles nacidas de un acto unilateral de la voluntad por la existencia de la supletoriedad del Código Civil prevista en el artículo 2o. del Código de Comercio.

Así concluyo que el artículo 75 del Código de Comercio es meramente enumerativo y no limitativo y su fracción XXIV deja abierta la posibilidad para asimilar a los actos de comercio y por ende para considerarlos como tales a otros actos de naturaleza análoga.

(20) Código Federal de Comercio en vigor.

6) DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA DE EMPRESA Y LA DE DERECHO CIVIL

La Fianza de Empresa y la Fianza Civil persiguen en el fondo una finalidad semejante: la garantía de un crédito. Esa semejanza los hace copartícipes de características comunes, ya que pertenecen a los contratos llamados de garantía. Sin embargo, al profundizar en el examen comparativo de estas dos figuras jurídicas, encontramos diferencias notables que las hacen ser absolutamente distintas.

Para lograr establecer las diferencias básicas, tomaremos como punto de partida tres aspectos fundamentales:

- a) En cuanto a su naturaleza jurídica.
- b) En cuanto a los intereses que protegen y la legislación que las rige.
- c) En cuanto a su constitución y funcionamiento.

a) Diferencia en cuanto a su naturaleza jurídica.- Ya hemos visto y admitido que tanto la Fianza de Empresa como la Civil constituyen un acto jurídico que produce derechos y obligaciones, que los dos son contratos de garantía, pero que tienen diferente naturaleza jurídica.

El contrato de fianza civil es un acto jurídico precisamente de naturaleza civil, caracterizado por el conjunto de circunstancias y peculiaridades que lo hacen ser ajeno a cualquier finalidad de especulación comercial, como la calidad de las personas que intervienen en el contrato, quienes nunca actúan como comerciantes, la espontaneidad del fiador al obligarse a garantizar el pago de un crédito, la relación entre el fiador y el fiado que obedece a lazos de afecto y de confianza y la propia finalidad del acto constituye un medio de intercambio mercantil.

La Fianza de Empresa por el contrario, es un acto jurídico de naturaleza puramente mercantil, porque persigue como finalidad la especulación comercial, mediante la conjugación de todos los elementos propios de una empresa - que trata de obtener ganancias vendiendo el servicio de garantía.

La Naturaleza Jurídica de estos dos contratos, queda clara y legalmente diferenciada en el artículo 2811 del Código Civil que manifiesta la idea de fianza civil cuando dice: "Quedan sujetas a las disposiciones de este Título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas..." (21). Queda aquí plasmada la principal característica de este contrato civil; la espontaneidad del fiador a garantizar el pago de la deuda. Inmediatamente sigue diciendo el precepto: "... siempre que no las extiendan en forma de

(21) Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

póliza, que no las enuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que -- las ofrezcan". Esta última parte recoge la idea de Fianza de Empresa caracterizada por una tónica eminentemente mercantil.

En forma concreta nos dice el autor Roberto L. Mantilla Molina: "La fianza aún a título oneroso puede ser realizada esporádicamente por particulares y tener carácter netamente civil; pero la intervención de determinada clase de personas, las Instituciones de Fianzas, basta - para imprimirle sello comercial" (22, 23)

Joaquín Rodríguez y Rodríguez en su obra "Curso de Derecho Mercantil" también afirma: "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, actitud que estaría en contradicción con el concepto de Empresa" (24)

b) Diferencias en cuanto a los intereses que protegen y la legislación que los rige .- Es necesario observar cuál es el bien jurídicamente protegido por cada

(22, 23) Lic. Roberto L Mantilla Molina "Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales. 1984. Artículo 7o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(24) Lic. Joaquín Rodríguez y Rodríguez. "Curso de Derecho Mercantil. Tomo II 17ava Edición 1983

uno de estos dos tipos de contrato de fianza, porque desde este tipo de vista, se pueden señalar diferencias fundamentales. El legislador regula el funcionamiento de -- estas figuras jurídicas tomando en consideración la importancia de su uso en la sociedad.

La fianza civil es un contrato en el cual se protegen intereses privados de algunas personas determinadas se protege el patrimonio del acreedor en la relación jurídica principal y se facilita el otorgamiento de créditos que generalmente no tienen como finalidad el lucro. Por medio de este contrato se manifiesta comunmente la - seguridad de los créditos entre particulares, sin que las relaciones que surjan entre ellos por la celebración de - la Fianza Civil, trasciendan a la colectividad, pues son de interés particular.

El bien que jurídicamente protege este contrato, es patrimonio del acreedor, que podría peligrar en un momento dado si no existe garantía, pero es un interés particular que no trasciende a la colectividad porque no pertenece al interés general, ya que no existe en el especulación comercial que pueda dañar a los intereses de la so ciedad o del Estado.

En el contrato de Fianza de Empresa, se tiene una fi nalidad netamente lucrativa y el Estado en su calidad de vigilante de la actuación de las empresas especializadas en otorgar fianzas, considera que sus actividades importan

a la colectividad, pues trascienden en las personas que en un momento dado pueden necesitar de los servicios de dichas compañías.

El bien jurídicamente protegido por los contratos de Fianza de Empresa es en cierta medida la economía de la colectividad, pero fundamentalmente la seguridad de los créditos públicos, ya que generalmente en estos casos la garantía que se utiliza es la fianza otorgada -- por empresa autorizada, en el que el interés que existe en esos créditos es colectivo o de importancia común.

Por lo que toca a la legislación que los rige, la diferencia estriba en que la fianza civil se rige por el Título Décimo Tercero del Código Civil vigente, Título cuyo capítulo Primero se denomina: "De la Fianza en General". La legislación de la Fianza Civil es de carácter local, pues las operaciones puramente civiles se sujetan a las condiciones que se acostumbra y predominan en el lugar.

El contrato de Fianza de Empresa se regula por los lineamientos señalados por el mismo Código Civil, en virtud de que nuestro país carece de una legislación especializada en esta materia, pero la diferencia radica en que la persona que interviene como fiador en este contrato si se sujeta a una legislación específica y que es de carácter federal y que protege intereses públicos La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como las disposiciones mercantiles supletorias.

c) Diferencias que existen en cuanto a su constitución y funcionamiento.- El contrato de Fianza Civil se perfecciona por el consentimiento, basta el acuerdo de las partes para ello. Las voluntades que se deben manifestar son la del fiador y la del acreedor. No precisa acuerdo, ni consentimiento del deudor, pues aún en contra de su voluntad puede establecerse la fianza.

En la Fianza de Empresa debe precisarse la voluntad del deudor o fiado, ya que el carácter oneroso de este tipo de fianza, hace que el fiado se obligue a pagar a la empresa la prima correspondiente, por lo cual debe manifestar su voluntad, además, en este caso, se puede prescindir de la manifestación de voluntad del acreedor.

Ahora, tomando a las características de los contratos como criterio de diferenciación, encontramos que ambos son accesorios, consensuales en oposición a los contratos reales, consensuales en oposición a los contratos formales, pero difieren en que, mientras la Fianza Civil es un contrato esencialmente gratuito, la Fianza de Empresa es esencialmente onerosa, la Civil generalmente unilateral, en virtud de que sólo el fiador se obliga; la de Empresa bilateral porque en él existen dos obligaciones correlativas, la del fiador de pagar las primas convenidas y la de la Compañía Fiadora de prestar la garantía.

Por lo que toca a los elementos personales de estas dos fianzas, son los mismos, o sea; fiado, fiador y acreedor, pero en la Fianza Civil el fiador es un sujeto pasivo y en la Fianza de Empresa es activo. En cuanto a la capacidad para ser fiador, podemos considerar que el fiador de la Fianza Civil, puede ser cualquier persona solvente, pero en la Fianza de Empresa, sólo una Sociedad Anónima que sea Institución de Fianzas y concesionada por el Estado para otorgar fianzas.

O sea, es indispensable ser Institución de Fianzas debidamente concesionada por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tomando como base fundamental un mínimo de capital que se fija para estas empresas; lo que no sucede en la Fianza Civil que puede ser cualquier persona simplemente solvente. Por otro lado, si juzgamos la obligación del fiador en ambas fianzas, advertiremos que aunque su obligación siempre es pagar por el incumplimiento del fiado debe tenerse en cuenta que en la fianza de empresa basta el simple requerimiento de pago, puesto que las empresas afianzadoras carecen de los beneficios de orden de excusión que son propios de la fianza civil.

En el orden civil el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que se haya hecho antes excusión (embargo) de todos los bienes del deudor. Pero el beneficio de excusión como también el de división, es incompatible con la naturaleza de las operaciones mercantiles en las cuales la solidaridad se impone.

La fianza simple es la normal en Derecho Civil y sólo es solidaria allí cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión de los bienes del deudor, o también cuando el acreedor fuera la Hacienda Pública.

En materia mercantil siempre es la fianza solidaria sin que este hecho convierta al fiador en deudor directo, pues no es solidario, sino solamente frente al acreedor y no ante el deudor principal.

En efecto en la Fianza de Empresa el fiador no goza del beneficio de excusión, mientras que en la Civil siempre existe el beneficio de excusión para el fiador si no se renunció a él; en la de Empresa nunca existe, a menos que se pacte expresamente, pero aunque se haya pactado - la necesidad de la excusión previa de los bienes del deudor, el fiador a quien se requiere el pago, puede exigir la justificación de que el deudor interpelado judicialmente.

7) MARCO JURIDICO QUE REGULA A LA FIANZA DE EMPRESA

Básicamente a las Instituciones de Fianzas las regula la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual se divide en los siguientes títulos: (25)

(25) Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 29 de diciembre de 1950.

Título Preliminar.-	Disposiciones Generales.
Título Primero.-	Instituciones de Fianzas.
Título Segundo.-	Contabilidad, Inspección y Vigilancia.
Título Tercero.-	Facultades de la Administración Pública.
Título Cuarto .-	Disposiciones Varias.

Título Preliminar.- Aquí se plantea la naturaleza del acto administrativo al amparo del cual las Instituciones de Fianzas pueden dedicarse al otorgamiento de fianzas, pues anteriormente habían sido consideradas como una simple y llana autorización y que con las reformas del 29 de diciembre de 1981 se estableció como una concesión que otorga el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, basada en el principio de servicio público que debe informar la actividad de este tipo de instituciones.

En este título de la citada Ley, se puntualiza la forma de constituir los consorcios formados por Instituciones de Fianzas y considerados por esta Ley como Organizaciones Auxiliares de Crédito, esto es con el fin de facilitar su funcionamiento.

Título Primero.- En este capítulo relativo a las operaciones de las Instituciones de Fianzas, se define el concepto de capital base de operaciones con el objeto de adecuarlo dentro del régimen de reservas y establecer una regla flexible para el establecimiento del mínimo que dicho capital debe alcanzar, al remitirlo al monto del capital mínimo pagado que las propias insti-

tuciones deben de tener.

En cuanto al margen de operación establece que en forma anual es obligación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicar lo relativo a las diversas Instituciones en el Diario Oficial de la Federación.

Por lo que respecta al régimen de garantías que - las Instituciones de Fianzas deberán obtener de los -- fiados, se recoge el principio de que cuando una res-- ponsabilidad no exceda del margen de operación de una- Institución, tales garantías podrán ser determinadas - libremente por la misma.

Con relación al activo computable de las Institu- ciones de Fianzas, se adecúa el catálogo para eliminar referencias a instrumentos que resulten obsoletos y pa- sarlos a renglones afines a los que establecen las le- gislaciones bancaria y de seguros.

Así mismo, se establecen fórmulas flexibles que - permitan adecuar la inversión dentro del régimen del - activo computable y que vayan de acuerdo a las necesi- dades que nuestra economía apunte en determinadas épocas.

En este orden de ideas, se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para emitir reglas generales

sobre las inversiones que se realicen en acciones de sociedades inmobiliarias que adquieran y administren edificios destinados exclusivamente al establecimiento de las oficinas de las instituciones; en viviendas de interés social; en el otorgamiento de créditos y préstamos con garantías reales o fiduciarias o con objeto de descuentos y redescuentos a instituciones auxiliares de crédito y a fondos de fomento económico del Gobierno Federal.

Por lo que respecta a las reservas de las instituciones de fianzas, esta ley las agrupa conjuntamente con la constitución, inversión y disposición. Aquí sobresalen las medidas relativas; la de reserva de previsión -- que constituye las instituciones en función de que si alguna de ellas no ha cumplido con los objetivos fijados, -- establece la obligación de constituir con cargo a las -- utilidades la reserva de capital que en forma obligatoria estatuye la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Título Segundo.- En este título se autoriza a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para determinar cuáles son los libros o documentos para que se integre la contabilidad de las instituciones, cuáles podrán ser destruidas previa micro-filmación y cuáles lo serán sin necesidad de ella, así como los plazos de conservación de los mencionados libros y documentos.

En relación a la inspección y vigilancia también se le atribuyen todas las facultades a la Comisión Nacional

Bancaria y de Seguros, principalmente para establecer un catálogo de las facultades y deberes que ese organismo - tendrá de manera específica en materia de las Instituciones de Fianzas, así como la relación de las facultades y obligaciones que corresponderán directamente al presidente de la Comisión.

Título Tercero.- Aquí se reúnen las facultades en materia de Fianzas con que cuenta la Administración Pública, de manera independiente a las ya citadas sobre - inspección y vigilancia. Se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar sucursales o agencias a las Instituciones de Fianzas, para la cesión de las obligaciones y derechos correspondientes al otorgamiento de fianzas, así como de los activos y pasivos de una institución de fianzas a otra y para la fusión de dos o más instituciones.

Se señala, de igual manera, que se deberá recavar previamente la autorización de la referida Secretaría en los casos de inversión en acciones de sociedades que presten sus servicios o efectúen operaciones con las - instituciones de fianzas y para la adquisición de acciones o participaciones en el capital social de entidades afianzadoras o financieras del exterior.

En relación a las facultades con respecto de las operaciones se prevén las atribuciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para proceder a la remoción o suspensión de los principales administradores y

funcionarios que puedan obligar a la institución cuando considere que las designaciones correspondientes no recaigan en personas con la suficiente calidad moral o técnica para una adecuada administración y vigilancia de las instituciones. En tal supuesto, se deberá oír previamente al interesado y al representante de la institución.

Cabe mencionar la facultad de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para aprobar las tarifas relativas a las primas que las instituciones cobren por las fianzas que otorguen y que se propone hacer extensiva a las relativas a reafianzamiento.

En cuanto a las disposiciones aplicables a la revocación y liquidación de las instituciones de fianzas la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros advierta que el Estado Patrimonial a las operaciones de una institución de fianzas afecten su estabilidad económica lo hará del conocimiento a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo cual concederá a la sociedad un plazo de quince días a partir de la fecha de la notificación, para que ésta exponga lo que a su derecho convenga. Si dicha Secretaría juzga que ha quedado comprobado que el Estado Patrimonial a las operaciones de la institución afectan su estabilidad económica, fijará un plazo que no será menor de sesenta días para que proceda a su regularización, notificándole para este efecto.

Si transcurrido este plazo no ha sido regularizada a sociedad, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es protección del interés público, podrá revocar la concesión respectiva o declarar que las acciones del capital social pasen de pleno derecho a propiedad de la Nación.

Título cuarto. Disposiciones varias.- Este título contempla las disposiciones supletorias que regirán en los casos de obscuridad en la Ley de la materia. Código Federal de Comercio, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y el Título Décimo Tercero de la Segunda Parte del libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal.

C A P I T U L O I V

EFFECTOS JURIDICOS DE LA FIANZA DE EMPRESA

1) SECUENCIA Y OPERACION DEL CONTRATO DE FIANZA DENTRO DE UNA EMPRESA AFIANZADORA

La operación de la Fianza de Empresa se inicia con la solicitud presentada, ya sea con o por el fiado o por el beneficiario, según el tipo de fianza de que se trate como ha quedado especificado con anterioridad.

En primer lugar, el solicitante en casos de la Fianza Cédula y Global, deberá entregar a la Afianzadora un informe detallado de los sistemas de control interno, - así como una lista con los nombres de los trabajadores- que deberá caucionar la Póliza, así como de los puestos que éstos desempeñan.

El solicitante deberá entregar a la Afianzadora un informe de desfalcos, a fin de que la Afianzadora esté en posibilidad de normar un criterio de la situación del negocio.

En segundo lugar, una vez estudiados los informes y cumplidos los requisitos mencionados anteriormente y si la Afianzadora está conforme, se procede a la expedición de la Póliza de Fianza, que tendrá una vigencia convencional, pero que generalmente es de un año.

En la Fianza Global y Cédula de Fidelidad, cuando el beneficiario necesita caucionar a un nuevo empleado, dará aviso a la Afianzadora y tiene un plazo de 30 días en la Global de Fidelidad y 15 días en la Cédula, para remitir los informes, nombre y puesto del fiado, haciendo notar que este nuevo empleado queda caucionado convencionalmente por el plazo citado; si la beneficiaria incumple con remitir la documentación e información necesaria, al término del plazo concedido, se da por terminada la caución individual.

Aceptación automática.

Anteriormente, con el hecho de ingresar al empleo se entendía que el empleado estaba caucionado cuando la empresa en cuestión tenía caucionado a su personal, pero la anterior situación se prestaba para confusiones, fraudes y malos entendidos, es pues, por esta razón, que a la fecha no existe este tipo de aceptación, ya que es necesario que la Beneficiaria dé aviso a la Afianzadora -- cuando ingresó el nuevo empleado, a fin de que se le conceda el término para requisitar la documentación necesaria para ser caucionada en la póliza correspondiente. Y así la Empresa Afianzadora podrá dar de alta al nuevo fiado.

Vigencia de la Fianza de Fidelidad.

Respecto a la vigencia de este tipo de fianza, puede

mos decir que generalmente y por costumbre, es de un - año admitiendo en algunos casos excepciones, ya que la vigencia es convencional, quedando a la voluntad de las partes y así de esta manera, en el momento de la prórroga de la fianza, la Afianzadora estará en posibilidad de aumentar la prima o variar los términos en que fue contratada esta fianza, así como de decidir si conviene seguir caucoñando al personal de la empresa Beneficiaria.

2) CADUCIDAD Y PRESCRIPCION

Siempre ha existido una gran polémica sobre los - conceptos en cuestión, ya que mucha gente utiliza amos términos como si se tratara de figuras iguales, es pues por esta razón que trataremos de exponer sus diferencias.

Debemos tomar en cuenta que el tiempo interviene directamente para que se pueda configurar la prescripoñ o la caducidad, siendo un elemento necesario en - cualquiera de los dos casos, o sea, común a las dos firuras.

La definición propuesta por el Maestro Pafael Rojina Villegas nos muestra de una forma clara la diferencia entre estas dos figuras, razón por la cual transribiremos dichas definiciones:

"Por caducidad se entiende en el derecho la extinción de una acción, de una facultad jurídica o una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la Ley, sin que se pueda evitar esa extinción interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo.

La caducidad se caracteriza por consiguiente por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción del derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo, de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción. Si no se lleva a cabo el acto de ejercicio, por lógica misma del sistema jurídico y de manera irremediable, fatal, tendría que extinguirse la acción, el derecho o la obligación en su caso.

En cambio, la prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo pero se pueden interrumpir o, en su caso, suspender los plazos de prescripción que señala la ley. En consecuencia, la prescripción no traerá consigo de manera fatal e ineludible la extinción de las situaciones jurídicas, porque habrá siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la Ley o de suspenderlos en ciertos casos" (1)

(1) Lic. Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Tomo I Edición 1977. Editorial Porrúa, Páginas 389 y 390.

Es evidente que ante estas dos figuras encontramos como común denominador el tiempo, pero debemos pensar - en que la prescripción se debe utilizar cuando se habla de acciones y de caducidad en cuanto a derecho; también debemos tomar en cuenta que la prescripción se tendrá - que hacer valer ante el Órgano jurisdiccional en forma de excepción y no puede hacerse valer entre particula- res, la caducidad también se podrá hacer valer en forma de excepción ante el Órgano jurisdiccional, con la sal- vedad que si opera entre particulares y para clarificar lo expuesto, daremos el siguiente ejemplo:

En la Fianza de Fidelidad se estipulan los térmi- nos en que deberá dar aviso a la Compañía Afianzadora del desfalco el beneficiario, y si no fuere así, no -- procederá la reclamación formulada, teniendo en este - caso un ejemplo de caducidad por no haber ejercitado - su derecho en el tiempo y forma pactados.

Así pues, la Compañía Afianzadora comunica a la - beneficiaria de la fianza que su reclamación no es pro cedente, por no haber cumplido con los plazos estipula- dos y así es como se puede oponer la caducidad entre - particulares, sin la intervención del Órgano jurisdic- cional.

El caso de la prescripción sería cuando el benefi- ciario de la fianza, teniendo los elementos necesarios para hacer efectiva la fianza, deja transcurrir dos a-

nos sin hacerlo, entonces estaremos en un caso típico de prescripción, atento lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ahora bien, cuando el contrato de fianzas es entre una Compañía Afianzadora y la Federación, Estados o Municipios, la fianza prescribirá a los cinco años, en virtud del Decreto Publicado en el "Diario Oficial" de 30 de diciembre de 1977, que entró en vigor el día 1o. de enero de 1978.

En la Revista Mexicana de Fianzas, en el trabajo - presentado por el Lic Francisco Cortina Portilla sobre la cancelación, nos habla de la caducidad y prescripción, en los siguientes términos:

a) Caducidad. Dice el artículo 1946 del Código Civil que:

"La obligación contraída bajo la condición de que en un acontecimiento suceda en un tiempo fijo, caduca si pasa el término sin realizarse o de que sea indudable que la condición no puede cumplirse".

Por lo tanto, cuando la obligación principal no llegó a nacer, en virtud de que estando supeditada a una condición suspensiva, ésta no se realizó en el tiempo de terminado o aquél en que razonablemente se requiera para ello, la obligación accesoria del fiador se extingue.

Si la condición a que está sujeta la obligación principal es negativa, se aplicará el artículo 1947 del mismo ordenamiento que dice:

La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se certifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse.

Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida, transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalarse, atenta la naturaleza de la obligación.

En este caso, la caducidad se producirá al verificarse el hecho dentro del plazo previsto"

(2)

El mismo autor, en el trabajo anteriormente citado en la parte correspondiente a la extinción de la obligación del fiado, nos dice:

b) Caducidad. La caducidad se produce muy especialmente en las fianzas de fidelidad, cuando la obligación accesoria del fiador, se --

(2) Lic. Francisco Cortina Portilla. Revista Mexicana de Fianzas # 6, Página 46.

condiciona no sólo a que se cometa el hecho delictuoso de donde nazca la obligación del fiado, sino que se realicen determinados hechos por el beneficiario, como son avisos, - presentación de reclamaciones, etc" (3)

Tomando en cuenta las opiniones anteriores, diremos que la prescripción opera en cuanto se deja perder el -- derecho para ejercitar la acción en contra del fiado, o cuando se hace valer ésta en el recurso administrativo, si es que hubiere en el caso concreto.

La caducidad opera cuando en los términos estipulados en el contrato, no se cumplan las condiciones pactadas o en su defecto, si se pactó que en el caso de que suceda algún hecho no operará la fianza y esto llegará a pasar, estaríamos en un caso de caducidad.

En consecuencia, las dos figuras sujetas al presente análisis, son diferentes y surgen de manera diversa.

3) PROCEDENCIA DE LA RECLAMACION Y REQUISITOS DE LA MISMA

(3) Lic Francisco Cortina Portilla. Revista Mexicana de Fianzas # 6 Página 48.

A la reclamación la podemos definir como el acto, en virtud del cual el beneficiario de la fianza puede - hacer efectiva ésta.

Debemos hacer notar que no sólo con la presentación de la reclamación, la Compañía Afianzadora procede a su-pago, ya que ésto nos llevaría al caos y se traduciría en la desaparición de las Compañías Afianzadoras, por el ex-ceso de pago de reclamaciones.

Ahora bien, a continuación se proporcionan los tér-minos con que operan la mayoría de las Compañías Afianza-doras, y así tenemos que, tratándose de la fianza CEDULA (caución de todo el personal con montos individuales) el beneficiario tendrá:

- 1) 90 días para descubrir responsabilidad a partir de la caución.
- 2) 10 días para descubrir responsabilidades, para dar el aviso inicial a partir del descubrimien-to de las responsabilidades.
- 3) 90 días para comprobar la reclamación a partir de la fecha del descubrimiento de las responsa-bilidades.

En la fianza individual:

- 1) 90 días para descubrir responsabilidades a partir de la terminación de la caución.
- 2) 10 días para dar aviso inicial de responsabilidades, a partir del descubrimiento de las mismas.
- 3) 90 días para comprobar la reclamación, a partir de la fecha del descubrimiento.

En la fianza global.-

Todo el personal caucionado por un mismo monto

- 1) 60 días para descubrir responsabilidades, a partir de la terminación de la caución.
- 2) 10 días para dar el aviso inicial de responsabilidades, a partir del descubrimiento de las mismas.
- 3) 30 días para comprobar la reclamación, a partir de la fecha del aviso inicial de responsabilidades.

El aviso inicial de responsabilidades es a cargo del beneficiario y se puede hacer de la siguiente forma:

Por carta, teléfono o por conducto del agente de fianzas, mismo que tramitó la fianza en cuestión, así mismo por conducto del agente, en su caso, se puede tramitar la reclamación hasta su total solución.

Es importante tomar en cuenta que siempre la empresa beneficiaria tendrá conocimiento de los términos anteriores, toda vez que es a solicitud de ésta que el fiado recurre a la Compañía Afianzadora, para que ésta caucione sus manejos ante el beneficiario, y así poder obtener el empleo.

Requisitos de la reclamación:

A fin de que la reclamación hecha a la Afianzadora proceda y se haga pago de la misma, se tendrá que cumplir con los requisitos siguientes:

- 10.- Que exista el contrato de fianza entre beneficiario, fiado y Compañía Afianzadora (relación contractual).
- 20.- Que el beneficiario de la fianza se apegue estrictamente a los términos y avisos a que nos hemos referido en el presente inciso.
- 30.- Que el beneficiario proporcione a la Compañía Afianzadora, copia de la querrela, en el caso de que el delito en cuestión se siga a instancia de parte o la denuncia en los delitos que se sigan de oficio. Esta copia podrá ser simple, pero de ser posible, es conveniente se proporcione copia certificada; así mismo, se proporcionará la ratificación de la denuncia o querrela en su caso.

- 4o. Proporcionar a la Afianzadora copia simple de la documentación comprobatoria de la reclamación.

En el caso que el beneficiario cumpla con los requisitos anteriores, la reclamación será procedente, aclarando que la reclamación que se pague al beneficiario, será hasta el monto que se estipula en la póliza de fianza y de ninguna manera podrá exceder de dicho monto.

c) La recuperación.-

Para poder entender a la recuperación, debemos situarla a través de las etapas de la reclamación y así tenemos que la recuperación es una consecuencia de la reclamación pagada, de tal manera que una vez que se presenta la reclamación, se requiere al reclamante para que cumpla con los requisitos de la misma, posteriormente la Afianzadora, por conducto del Departamento conducente (reclamos) hará la valoración de las pruebas de la reclamación y una vez cuantificada ésta, en razón directa de las pruebas aportadas, se procederá al pago de la reclamación al beneficiario.

Una vez efectuado el pago, surge la recuperación que es el procedimiento en virtud del cual la Compañía Afianzadora intenta obtener la cantidad pagada, con el mismo fiado u obligado solidario, en su caso, haciendo

la aclaración que todos los métodos utilizados para el reembolso de la cantidad en cuestión, son extrajudiciales, tales como entrevistas, visitas, envíos de correspondencia sistemáticamente.

Se puede decir que el sistema utilizado en la recuperación, es bueno, pues sí se llega a recuperar el pago de los adeudos, por lo menos en un 40 ó 50 % de la totalidad de las reclamaciones existentes.

Así vemos que la etapa de la recuperación, da origen al procedimiento judicial en contra del fiado u obligado solidario, en su caso, a fin de obtener el cobro en la vía judicial de la cantidad que la Compañía Afianzadora pagó por el fiado a la beneficiaria, tema que se tratará en el punto 5 de este Capítulo.

4) EFECTOS ACREEDOR-FIADOR Y DEUDOR PRINCIPAL-AFIANZADORA

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, otro, consistente 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, ésto es, del contrato de fianza civil, puesto que los otros efectos tienen una fuente muy diversa, como ya se ha expuesto.

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 generar una obligación a cargo de la afianzadora de pagar por el deudor principal-fiado, en caso de que éste no lo haga.

Aunque la fianza de empresa es necesariamente onerosa, el "estipendio" de la fiadora, o sea, la prima, no se establece en la fianza en sí, por razón de su fuente sino en el contrato solicitud que a continuación veremos.

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

Destaquemos, antes, un punto importante: al hablar de la abstracción de la obligación fiadora de empresa - del contrato solicitud, claramente indicamos que ello - afectaba sólo a las excepciones derivadas de dicho contrato, de modo que la afianzadora está impedida de oponerlas al acreedor o beneficiario 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, puede hacerse valer por las 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:

- 1) Ni el de orden.
- 2) 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 hayan 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 que hemos indicado - la empresa afianzadora puede optar ya sea por pagar la - suma a la que se obligó o por cumplir por el deudor, sus - tituyéndose a éste, no obstante que ello implique ya no un dar sino un hacer.

Por último consideramos 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 cumplimien - to de su obligación como tal, el siguiente procedimiento:

- 1) Requerir extrajudicialmente, por escrito, a la afianzadora y precisamente en su oficina matríz o sucursales, para que cumpla su obligación, disponiendo para ese efecto la afianzadora de un plazo de SESENTA DIAS HABILES sea para hacer el pago, sea para negarlo, artículos 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 CODIGO 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 económica coactiva.

2) 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 , o 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 contractual, 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 NO 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(artículo 95 L.F.I.F.)

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

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

Señalamos además, que las afianzadoras, no poseen acción para exigir del deudor que lo releve de la fianza, aún 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 provee a más de los supuestos del artículo 2836 del C.C.; uso 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 aún en el caso de que no hubieren todavía pagado y siempre que se de 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.

Sólo mencionemos, por último, que las afianzadoras poseen el así llamado "privilegio bancario", previsto en los artículos 12 de la L.F.I.F. y 109 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y consistente en que en los casos de quiebra, concurso, liquidación o suspensión de pagos de sus deudores por primas u obligados por la acción de reembolso, no necesitan entrar al concurso o a la quiebra para obtener el pago de sus créditos, pudiendo embargar bienes antes y después de declarado el concurso quiebra o suspensión, sustrayéndose los bienes embargados al régimen de dichas situaciones, pudiendo, en consecuencia, las afianzadoras proseguir libremente sus juicios hasta obtener remate, sin necesidad de acumularse a los juicios universales de concurso o quiebra o suspenderse por virtud de suspensión de pagos.

Así mismo, los créditos de las instituciones de fianzas son preferentes a los hipotecarios o embargantes posteriores al momento de la anotación marginal, forma especial de garantía de recuperación prevista en el artículo 28 de la L.F.I.F. y que opera en forma similar a la anotación prevista para las fianzas legales y judiciales de carácter civil, artículo 2852 de C.C., además de que en caso de que una afianzadora haya embargado precautoria y posteriormente al entablar el juicio ejecutivo vuelva a embargar los mismos bienes, los efectos de este último embargo se retrotraen a la fecha del primero, adquiriendo así una preferencia sobre los demás acreedores posteriores al precautorio, aunque anteriores al definitivo, artículos 99 y 100 de la L.F.I.F.

5) PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN CONTRA DEL FIADO CUANDO SE HACE EFECTIVA LA FIANZA

Como ha quedado especificado, primeramente se tendrán que agotar los recursos extrajudiciales para obtener la recuperación, hecho ésto, sin obtener resultados positivos, se iniciará el cobro en la vía judicial.

El fundamento legal para el cobro judicial de la cantidad pagada al beneficiario por el fiado, lo encontramos en el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que a la letra dice:

Artículo 96: "El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de la certificación del contador de la institución de Fianzas, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente.

Igualmente, dicho documento y la mencionada copia, traerán aparejada ejecución para el cobro de las primas vencidas y no pagadas, con la certificación del contador de la Institución respecto a la existencia del adeudo.

La firma del contador de la Institución de Fianzas deberá ser legalizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los contadores de la Instituciones, que al certificar los documentos a que se refiere este artículo incurra en falicidad, serán sancionados con prisión de seis meses a dos años. El contador y la Institución de Fianzas, solidariamente, responderán de los daños y perjuicios que con este motivo se causen" (4).

Como se desprende del Ordenamiento anterior, con fundamento en el mismo, la Afianzadora en los casos descritos, tendrá derecho a ejercitar la Vía Ejecutiva Mercantil en contra del fiado cuando se haya pagado alguna cantidad por éste y en contra del beneficiario cuando resultare alguna cantidad a cargo de éste por primas vencidas y no pagadas.

Así mismo, resulta importante dar el fundamento legal para que la Afianzadora ejercite su acción en contra del fiado o beneficiario, a fin de constituir garantía o embargar precautoriamente, así pues, transcribiremos el artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Artículo 97: "Las Instituciones de Fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidades la Institución con motivo de su fianza, en los siguientes casos:

(4) Ley Federal de Intituciones de Fianzas.

- a) Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de la fianza otorgada.
- b) Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible, aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior.
- c) Cuando cualquiera de los obligados sufran -menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.
- d) Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia.
- e) En los demás casos previstos en la legislación mercantil"
(5).

Así pues tenemos el fundamento legal para llevar a cabo un juicio ordinario mercantil en contra del fiadoo beneficiario, por las circunstancias antes mencionadas así mismo, hacemos mención de los artículos 95 al 103 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que fundan el cobro judicial.

(5) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, remite al Código de Comercio para otros casos previstos, según el inciso E del artículo 97; también importante de mencionar que el procedimiento en estos casos se fundará en los artículos del 1391 al 1414 del Código de Comercio.

6) CANCELACION

La cancelación, según el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest, proviene del latín *cancelare-onis f.* acción y efecto de --cancelar. For. asiento en los libros del Registro de la Propiedad, que anula parcial o totalmente los efectos de una inscripción o de una anotación preventiva. (6)

Cancelar así mismo, según la obra anteriormente citada, viene del latín *cancelare*, anular un documento, --una inscripción, un registro, una nota o una obligación: Cancelló su contrato. Saldar o extinguir (una deuda). --Fig. borrar de la memoria, abolir, derogar. (7)

Por las definiciones anteriores podemos en principio darnos cuenta a groso modo qué significa una cancelación. Dentro del tema de la presente tesis, tiene una acepción igual, pero es necesario darnos cuenta de su real contenido, para el efecto de que lo podamos aplicar en los diferentes casos que se nos presente, ya que no sería lo -

-
- (6) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Editorial Mexicana, S.A. de C.V. 8ava Edición. Selecciones del Reader's Digest.
(7) IDEM

mismo cancelar una cuenta bancaria que un contrato de fianza o permiso, pero en rigor técnico surte los mismos efectos la cancelación.

Dentro de los trabajos de cancelación consultados, para llevar a cabo esta tesis, encontramos el presentado por el Lic. Francisco Cortina Portilla, en la Revista Mexicana de Fianzas, titulado "La Cancelación de las Fianzas" que en mucho nos servirá y así encontraremos que en alguna parte de su trabajo nos dice:

"En el lenguaje usual en las Compañías de Fianzas, se entiende por cancelación el acto por el cual una Institución de Fianzas declara por sí y ante sí que se ha extinguido o que no es posible que nazca la obligación derivada para ella del contrato de Fianza" (8)

El mismo autor nos menciona los casos en que procede la cancelación de las fianzas, siendo los siguientes casos:

- 1) Resolución del contrato de fianza.
- 2) Extinción de la obligación principal.
 - a) Caducidad

(8) Lic. Francisco Cortina Portilla. Revista Mexicana de Fianzas # 6 página 45.

- b) Compensación.
- c) Remisión de deuda. (perdón)
- d) Novación.
- 3) Extinción de la obligación del fiador.
 - a) Por transacción.
 - b) Por imposibilidad de subrogarse.
 - c) Prórroga concedida al deudor principal.
 - d) Prescripción.
 - e) Caducidad.

Ahora bien, después de tener una visión más amplia de la cancelación y la fianza, proporcionamos los tipos de cancelación que existen dentro de las Compañías Afianzadoras, siendo los siguientes:

- a) Por el cumplimiento de la obligación garantizada (esta sería la forma normal de cancelar las fianzas).
- b) Por plazo determinado.
- c) Hasta que lo autorice el beneficiario.
- d) Cancelación administrativa.
- e) Por prescripción.
- f) Por caducidad.

En los casos a que se refieren los incisos A, B, C, E y F, no presentan mayor problema, toda vez que por sí

mismos se explica, y más aún, se explicaron en incisos anteriores, es así que sólo nos queda por explicar la cancelación administrativa.

La cancelación administrativa es aquella que lleva a cabo la Compañía Afianzadora de una forma provisional mientras se tienen los elementos para poder hacer la -- cancelación por otras causas, las cuales han quedado es pecificadas; este tipo de cancelación (provisional), no surte efectos contra terceros, pero resulta importante saber que para la Afianzadora estará cancelada la fianza, en tanto no se pueda hacer, por otras causas, por - carecer de los elementos suficientes.

En consecuencia, decimos que la cancelación es el - acto en virtud del cual dejan de operar el contrato de - fianza, por las causas antes aludidas.

Dentro de la Fianza de Fidelidad, podemos decir que la forma más usual de cancelar las fianzas, es por caducidad, ya que esta fianza se cancela en el momento que - se cumple la condición suspensiva, o sea los malos mane- jos del fiado.

7) MODOS DE EXTINCION

Le son aplicables a la fianza de empresa las disposiciones relativas a la extinción de la fianza civil, - con las siguientes salvedades, por lo que toca a las - formas de extinción por vía directa.

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

- b) El plazo para que opere la prescripción de la obligación fiadora, dejando subsistente la -- principal, es de sólo DOS AÑOS, mismo plazo - que el establecido por la Lex Furia de Sponsis y que sólo es interrumpible por requerimiento escrito hecho a la afianzadora, artículo 120 de la L.F.I.F. (9).

(9) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

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, han llevado a concluir a algunos litigantes que el plazo de dos años se aplica no sólo 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 primas, éstas brotan de una fuente contractual-el contrato solicitud- jurídicamente independientemente 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, estableciendo que "el requerimiento escrito de pago, HECHO A LA INSTITUCION DE FIANZAS, interrumpe la prescripción" (10)

- c) Existe una forma especial de extinción, privativa de la fianza de empresa y que se contiene en el artículo 117, in fine 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 OBLIGACION 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.

(10) Artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La fianza a título oneroso constituye el mejor elemento de garantía tanto como para la iniciativa privada como para el Gobierno Federal, pues la Institución Afianzadora se crea con el objeto de responder por las obligaciones de otras personas.

SEGUNDA.- La Fianza de Empresa es por su naturaleza bilateral, onerosa y de expedición sistemática, habitual o en otros términos, es otorgada profesionalmente, al grado de constituir el objeto propio y exclusivo de las sociedades mercantiles afianzadoras.

TERCERA.- Erróneamente se ha considerado en la práctica, lo cual es producto de un vicio constante, que la Empresa Afianzadora queda obligada hasta el momento en que se expide la póliza (único documento que se entrega al fiado o al acreedor), lo cual jurídicamente es absurdo, pues sus obligaciones existen desde la celebración del contrato de fianza.

CUARTA.- No es aceptable ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista legal que el contrato de fianza pueda adquirir carácter mercantil -- por la vía accesoria, pues su naturaleza jurídica depende de las características que intrínsecamente contiene y no de la calidad del acto principal que le da origen.

QUINTA.- Debemos sostener la posibilidad de un contrato mercantil de fianza o de una Fianza de Empresa nacida de un acto unilateral de voluntad, tomando en cuenta que no existe obstáculo para la existencia de un acto de comercio nacido en tal forma, por la supletoriedad -- del Código Civil prevista en el artículo 2o. del Código de Comercio.

SEXTA.- Sobre los efectos jurídicos señalados entre acreedor y deudor, éstos no se originan del contrato de fianza, sino más bien de una estipulación establecida en el negocio principal o de una disposición legal.

SEPTIMA.- Es apremiante elaborar una legislación mercantil por lo que se refiere al régimen jurídico especial del contrato de Fianza de Empresa, porque los conflictos que surgen de él no se pueden dirimir con base a disposiciones organizativas de las empresas o con base a disposiciones procedimentales solamente, sino que son necesarias las prescripciones de fondo, que señalen el derecho que corresponde a cada una de las partes a la luz de normas jurídicas mercantiles.

OCTAVA.- El órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento judicial de ejecución en la fianza de empresa, podrá hacerlo un Juzgado Civil del fuero común o Juzgado de Distrito en materia civil, ya sea que se atienda al interés que en el conflicto se dirima, o bien, a la calidad de la legislación aplicable respectivamente.

NOVENA.- Por último siendo la Fianza de Empresa un instrumento tan utilizado en los negocios hoy en día, es una materia prácticamente desconocida en el medio académico, por lo que considero sería conveniente incluir su estudio dentro de los cursos que se imparten en la Facultad de Derecho para un mayor conocimiento y difusión de la misma.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- El Foro.- La Clásica Fianza de Fidelidad en Póliza
Lic. Alejandro Gómez Cantú.
Quinta Epoca, Núm. 7.-1967.
Organo de la Barra de Abogados.
- 2.- Historia de la Fianza.
Robert Sobel.
El Gran Tablero "El Mundo del Wall Street".
- 3.- Revista Mexicana de Fianzas Núm. 6.
Lic. Fernando Castañeda Alatorre.
Diciembre de 1965.
- 4.- Revista Mexicana de Fianzas Núm. 7.
Lic Fernando Castañeda Alatorre.
Diciembre de 1966.
- 5.- Revista Mexicana de Fianzas Núm 11.
Lic Fernando Castañeda Alatorre.
Septiembre de 1976.
- 6.- Revista Mexicana de Fianzas Núm. 12.
Lic. Fernando Castañeda Alatorre.
Septiembre de 1977.
- 7.- Revista Mexicana de Fianzas Núm. 13.
Lic. Fernando Castañeda Alatorre.
Año de 1978.

- 8.- Apuntes tomados en clase durante el primer curso de Derecho Mercantil por el Lic. Lauro D. Olvera Galván, 1981.
- 9.- Gran Diccionario Enciclopédico Tomo II
- 10.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I Escriche Joaquín.
- 11.- Revista Mexicana de Fianzas # 14 Lic Fernando Castañeda Alatorre. Año de 1979.
- 12.- Revista Mexicana de Fianzas # 15 Lic. Fernando Castañeda Alatorre Año de 1981.
- 13.- Fianza Civil, Mercantil y de Empresa Lic. Ramón Concha Malo. México, D.F. 1967.

- 14.- Memoria de la Cuarta Conferencia Hemisférica de Seguros, "Evolución Histórica de la Industria de la Fianza en México"
Alfonso Herrera Salcedo.
1952.
- 15.- Primer Seminario de Seguros y Fianzas
"La Fianza de Empresa"
Roberto José Garibay
1966
- 16.- Derecho Privado Romano
Guillermo Flores Margadant
Editorial Esfinge
19 ava Edición
México, 1980.
- 17.- Teoría General de Derecho Administrativo
Miguel Acosta Romero
Octava Edición
México, 1981.
- 18.- Derecho Administrativo
Gabino Fraga
Vigésima Segunda Edición
México, 1981

- 19.- Compendio de Derecho Civil
Tomos I, II, III y IV
Rafael Rojina Villegas

- 20.- Elementos del Derecho Civil Mexicano
Rafael De Piña
Décima Sexta Edición
Editorial Porrúa
México, 1981.

- 21.- Tesis: "El Procedimiento de Ejecución
de la Fianza de Empresa"
José Alberto Solís Marín
UNAM, 1974.

- 22.- Diccionario razonado de Legislación
y Jurisprudencia.
Tomo I
Escriche Joaquín.
Editorial Cárdenas

- 23.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

- 24.- Ley General de Instituciones de Crédito y
Organizaciones Auxiliares.

- 25.- Código Civil para el Distrito Federal.

- 26.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 27.- Ley Federal del Trabajo.
- 28.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ENTREVISTAS

- 29.- Licenciado Ernesto Augusto Palacios Arroyo.
Jefe del Departamento Jurídico de la Compañía Mexicana de Garantías, S.A.