

301809
6
2y



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la U.N.A.M.

**LA AFECTACION EN GARANTIA 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 :
MARIO BALLADO PARRA

MEXICO, D. F.

FALLA ORIGEN

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA AFECTACION EN GARANTIA DE LA FIANZA DE EMPRESA

I N D I C E

	PAGINA
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
II. INTRODUCCION	4
1. PREAMBULO	4
2. NECESIDAD DE LAS GARANTIAS	10
3. GARANTIAS DE LAS AFIANZADORAS	13
III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS ARTICULOS 31 Y 100 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS	20
IV. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES	56
V. DERECHOS REALES DE GARANTIA	80
VI. LA AFECTACION EN GARANTIA DE LA FIANZA DE EMPRESA	94
VII. CONCLUSIONES	111
VIII. BIBLIOGRAFIA	114

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, artículo 31, se indica que: "... el fiado, obligado solidario o contrafiador, expresamente y por escrito, podrán afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario, corredor público, o la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, se asentará, a petición de las instituciones en el Registro Público de la Propiedad.

La afectación en garantía surtirá efectos contra tercero desde el momento de su asiento en el citado Registro, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de ésta Ley, debiendo indicarse así en el propio asiento registral.

El artículo 100 nos indica: "... que las instituciones de fianzas podrán embargar bienes que hubieren pasado a tercero por cualquier título. Los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente.

Los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento de que se haya hecho el asiento registral..."

De la lectura de éstos artículos, se desprende que la intención y voluntad del legislador fué considerar a la afectación en garantía como un gravamen real semejante a la hipoteca, pues se observa en el artículo 31 en su párrafo II, que la afectación en garantía surte efectos contra terceros desde el momento de su asiento, efecto semejante al de los gravámenes reales, cuya finalidad es otorgarle la publicidad necesaria y

al mismo tiempo se obtenga la seguridad jurídica que el acto mismo demanda, es decir la protección contra terceros, quienes de esa manera están en aptitud de conocer los actos registrados. Esto se corrobora con lo asentado en la parte final del segunda párrafo del artículo 31 que establece que "se debe indicar en el propio asiento registral".

Ahora bien, el artículo 100 confirma que se trata de un gravámen real, puesto que se indica que se podrán embargar bienes que hubiesen sido registrados como lo establece el artículo 31, aún cuando dichos bienes hubieren pasado a tercero por cualquier título, es decir se observa que las Instituciones de Fianzas tienen el derecho de persecución, derecho que se deriva de los derechos o gravámenes reales como la hipoteca y al mismo tiempo, en el segundo párrafo consagra el derecho o beneficio de preferencia al establecer que los créditos de las Instituciones de Fianzas se pagarán con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargos posteriores al momento de que se haya hecho el asiento registral.

Algunas circunstancias sin embargo, parecen llevar a la conclusión contraria, o sea de que no se trata de un derecho real, sino de un derecho personal el que se confiere a las instituciones en virtud de tal afectación, como por ejemplo la de que tengan que acudir al embargo para hacer efectivo su derecho; o la de que la ley disponga a que se tome constancia de dicha afectación mediante un asiento registral.

La adopción de una u otra conclusión, conlleva problemas prácticos de gran importancia:

De no tratarse de un derecho real el que surge a favor de las instituciones a raíz de la afectación en garantía descrita en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podrían los interesados transmitir libremente los bienes afectados, en perjuicio de las mismas, quienes únicamente podrían, en el mejor de los casos, ejecutar la acción pauliana, demandando la nulidad de los actos translativos de los que se hubiese derivado la insolvencia de su deudor, celebrados en fraude de las afianzadoras.

Todo esto se ha mencionado, debido a que en el Registro Público de la Propiedad de ésta ciudad y quizás en algunos otros Estados, las afectaciones en garantía únicamente hacen anotación marginal y no se registra o inscribe de acuerdo con lo indicado por el legislador en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y sin fundamento legal alguno.

Esta forma de plantear el problema, justifica a mi entender, el análisis que pretendo realizar de la figura prevista en los artículos 31 y 100 citados, LA AFECTACION EN GARANTIA DE LA FIANZA DE EMPRESA.

II.- INTRODUCCION

1) PREAMBULO

Dentro del campo del Derecho, encontramos como una de las principales materias de reglamentación, la referente al Derecho de las Obligaciones, columna vertebral del Derecho Civil y que sentó las bases para la ordenación de los derechos y obligaciones que se originan en el comercio, misma que vino a especializar el Derecho Mercantil.

Sin hacer distinciones por materia, y generalizando el término de obligaciones, encontramos que todas las personas que convivimos en sociedad, de una u otra manera nos encontramos relacionadas con ellas, ya como sujetos activos, ya como sujetos pasivos, pero en ambos casos debemos de cumplir con las disposiciones jurídicas que a través del tiempo se han elaborado para normar este campo, y que poco a poco se han adaptado a las necesidades de la vida moderna, aunque en ocasiones, como en el caso del problema que busco solucionar, la evolución de nuestro sistema jurídico ha sido errónea, en otras incompleta y en otras tantas aún no ha comenzado.

rero, ¿Que debemos entender por obligación?, sin restar méritos a los varios conceptos que los juristas han elaborado, de tomar como referencia

el adoptado por el maestro Manuel Borja Soriano, quien al respecto nos enseña que "Obligación es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor".¹

De éste concepto se desprenden como elementos fundamentales: un sujeto activo, un sujeto pasivo (de los que puede haber pluralidad), una relación jurídica y un objeto. Precisemos: la relación jurídica viene a ser una situación de hecho regulada por el derecho, que ha creado un supuesto jurídico (hipótesis normativa), en el cual aquella se subsume, y al que se le atribuyen consecuencias de derecho que se actualizan al realizarse ese supuesto; siendo éstas los derechos y deberes que se derivan de la norma creada, que en purismo se le denomina Derecho Objetivo a diferencia del derecho Subjetivo, que como facultad emanada de la norma, "entendida como poder jurídico de exigir a quien está obligado el cumplimiento del deber establecido en la norma"², y quien viene a ser el Derecho Personal o Derecho de Crédito, cuyo titular es el sujeto activo o acreedor de la relación jurídica, en la que por otro lado, encontramos al sujeto pasivo o deudor que se convierte en el obligado a cumplir con el objeto de esa relación, mismo que puede consistir en una prestación (ya en un dar, ya en un hacer o en una abstención), que este sujeto debe de cumplir.

1 Borja Soriano Manuel, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, ED. Porrúa, México, 1971, pág. 81.

2 Miheno Aguilar Marriqne, Tesis, NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRAGARANTIA DEL ARTICULO 31 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, Revista Mexicana de Fianzas, México, 1985, pág. 189.

Todo lo anterior, fundamentado en que las normas jurídicas son impero-atributivas, es decir, conceden derecho e imponen deberes. Además la norma objetiva concede al acreedor, un derecho de acción para ejercitar ante un juez quien por el poder de coercitividad derivado de esa misma norma, puede compeler al deudor a cumplir con lo que se obligó. Esto se explica en doctrina con la teoría del maestro alemán Gierke, citado por Borja Soriano.

Hay que distinguir la noción de deuda (schuld) de la coacción (haftung). La deuda tiene por contenido un deber jurídico, en este sentido si una de las partes efectúa la prestación que debe efectuar, ejecuta un acto válido, la deuda no contiene el poder de coacción éste no es sino un sucedáneo. En caso de inejecución aparece la otra noción, la de coacción, posibilidad cuando el deber no ha sido cumplido de apoderar, no de la persona, sino de lo que responde de la deuda, es decir, la mayor parte de las veces del patrimonio, de los objetos que de antemano han sido considerados como respondiendo de la obligación".³

Lo que se traduce a la simple fórmula de: Si es A debe ser B (Schuld) si no C (Haftung), que viene a ser la representación de cualquier obligación.

El objeto de la relación jurídica, como ya se mencionó, se traduce en "una prestación o una abstención de carácter patrimonial"⁴, es decir,

³ Borja Soriano Manuel, Op. cit. pág. 83.

⁴ Idem pág. 84

en un dar, un hacer o un no hacer respectivamente, que es lo que el acreedor puede exigir al deudor.

En cuanto al contenido patrimonial, quiero hacer a un lado, por no ser materia de este trabajo, las doctrinas que se han elaborado al respecto, ya que en última instancia, la naturaleza del objeto de esa relación jurídica debe ser tal, que en caso de incumplimiento, con el ejercicio del derecho de acción, se pueda condenar al deudor a que cumpla al acreedor mediante el pago por equivalente pecuniario.

De esta manera, nos encontramos ante la siguiente situación:

Una vez establecida la relación jurídica de obligación, derivada de cualesquiera de las fuentes de las obligaciones, el acreedor será titular de un derecho para exigir del deudor el cumplimiento de una relación, independientemente del poder coercitivo que también tiene derecho a solicitar al Estado para que compela al deudor al pago.

Pero, ¿qué debemos entender por acreedor? la Ley 10, Título 32, Partida 7, nos decía que acreedor es "aquel que ha de recibir deuda u otra cosa por alguna derecha razón"⁵. En otros términos, "la persona con facultad sobre otra para exigirle que le preste una cosa, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto"⁶.

⁵ Escriche, Joaquín. DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Madrid, 1881, pág. 70.

⁶ Cabanellas Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Ed. Ombra, Buenos Aires, Arg. 1969, pág. 69.

Interpretando estos conceptos en sentido contrario, captaremos la esencia de lo que debemos entender por deudor.

Una vez puntualizados ambos conceptos, la siguiente pregunta es ¿y ese derecho del acreedor frente al deudor, sobre qué recae, qué lo respalda?

Recordemos brevemente que en el antiguo derecho griego, el deudor aseguraba con su propia persona el cumplimiento de las obligaciones que contraía, de tal manera que en caso de incumplimiento, el acreedor podría disponer como quisiese de su persona; ésta costumbre pasó al antiguo derecho romano, en que era el cuerpo del deudor el que respaldaba el cumplimiento de sus obligaciones; posteriormente, al evolucionar el derecho no es la persona misma del deudor la que responde por sus obligaciones, sino su patrimonio, en el sentido de que los bienes y derechos de su propiedad serán los que hagan frente al incumplimiento y respalden el cumplimiento de las obligaciones que haya contraído.

Es así como el acreedor se entrega a la buena fé del deudor y el efecto de la obligación es dar como garantía a aquél el patrimonio de éste.

"Por eso se dice que los acreedores son causahabientes universales de sus deudores. Reciben de él un derecho sobre su patrimonio, pero se trata en verdad, de un derecho vago y general, que no les impide sufrir los efec—

tos de todos los actos realizados de buena fé por su deudor; todas las variaciones que cambien la composición de éste, se producen al mismo tiempo para ellos y cambia la composición de su garantía: Todo lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía de los acreedores..."⁷

En efecto y siguiendo las ideas del propio Planiol, el acreedor, no sólo sufre las consecuencias de las variaciones patrimoniales de su deudor por actos de buena fé, pues además, éste puede comprometer esa garantía general en otras tantas formas por su negligencia, por fraude, contrayendo nuevas deudas o por enajenaciones no fraudulentas. La Ley, en los dos primeros casos, otorga ciertas armas como la acción oblicua o la acción pauliana, cuyo ejercicio es complicado y en ocasiones se logra demasiado tarde; en los dos últimos casos, no se ha dictado alguna medida directa pues en ambos la conducta de deudor es lícita.

Es ésta pues, la situación del acreedor quirografario, que es como de común se le conoce al acreedor, cuya única garantía del crédito que otorga, es el patrimonio de su deudor.

⁷ Planiol Marcel, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, Ed. Cajica, México 1948, Vol. VIII, págs. 14 y 15.

2) NECESIDAD DE LAS GARANTIAS

Siguiendo el orden de las ideas anteriores, podemos concluir que si bien es cierto que el patrimonio de un deudor puede constituir garantía suficiente para el crédito que recibe de su acreedor, también es cierto que el acreedor en todo el tiempo que dure la relación establecida con su deudor, correrá el riesgo de sufrir tanto las alteraciones lícitas que su deudor puede efectuar, ocasionando disminuciones en su haber patrimonial, a tal grado, que pueden llegar a ser irreparables, volviéndose nugatoria la garantía general con la que contaba.

He aquí, entonces la justificación de la existencia de las garantías; pues sólo en el caso de que un acreedor posea seguridad plena, tendrá la confianza suficiente para conceder el crédito que le haya sido solicitado o le sea debido. Por ello, los acreedores se procuran garantías o "seguridades"⁸ para protegerse de los peligros que corren frente a las diversas conductas que sus deudores pueden llegar a realizar sobre su patrimonio.

Es decir, en última instancia, todo se reduce a que el deudor sea solvente y que asegure al acreedor el mantener dicha solvencia durante

⁸ Planiol Marcel, op. cit. pág. 14.

todo el tiempo que dure su relación de obligación, hasta que cumpla por completo con la misma. "Así las garantías o seguridades tienen como objeto y función el prevenir al acreedor contra la insolvencia posible del deudor".⁹

Queda entonces justificada la necesidad de las garantías para mantener el equilibrio económico en las obligaciones, y se justifica también, que ese hecho haya venido a ser regulado por el derecho otorgando mayor seguridad jurídica a todos los que en un momento dado nos encontramos con un crédito debido por otra persona.

La estructuración dada por el derecho a las seguridades, se basa en la figura jurídica del contrato entendido como el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y así nacen los Contratos de Garantía, "que están destinados a proteger a los acreedores contra la insolvencia de sus deudores".¹⁰ De ésta manera a través del tiempo se desarrolla la fianza, la prenda y la hipoteca como los principales contratos de seguridad para las obligaciones.

Por el momento cabe apuntar que sustentados en los principios del Derecho Civil, los contratos de fianza y prenda se especializan en el Derecho Mercantil, el cual les ha otorgado características adecuadas para regular.

⁹ Josseland Louis, DERECHO CIVIL, Edit. Ejes, Buenos Aires, Arg., 1981, Tomo II, Vol. II, pág. 393.

¹⁰ Píandol Marcel, op. cit. pág. 14.

su aplicación en el campo del comercio; campo en que el ser deudor se convierte en un negocio necesario para las actividades mercantiles y fructífero para quien lo ejerce, a tal grado que el Estado interviene para concederlo sólo a ciertas personas. De ésta manera se crean las Instituciones de Fianzas y su negocio: La fianza de empresa.

3) LAS GARANTIAS DE LAS AFIANZADORAS

Como apuntamos anteriormente, en las actividades comerciales, el ser deudor se ha convertido en un negocio, que corre a cargo de ciertas compañías especializadas, las Instituciones de Fianzas.

En efecto, la fianza, garantía por la cual una persona se obliga a pagar por otra que no lo hace; cuyo nacimiento obedeció a las instituciones del Derecho Civil, pasó a otorgarse en el campo del comercio y así surgen las compañías de Fianzas, que son las sociedades anónimas del capital fijo debidamente concesionadas por el Gobierno Federal para ofrecer habitual y onerosamente la garantía de fianza o fianza de empresa como de común se le conoce.

Ahora bien, el negocio de las afianzadoras, es el prestar la garantía de fianza, para quien contrate con ellas -fiado- asegure de una manera efectiva el cumplimiento de la obligación que tiene para con su acreedor, quien resulta ser el beneficiario de esa fianza.

Por ser las afianzadoras las únicas concesionadas para ejercer ese negocio, en forma habitual y onerosa, quien contrate con ellas deberá pagar una contraprestación que se denomina prima, pero a su vez, por ser

un negocio a las afianzadoras no les basta ese pago, y de alguna manera el fiado les deberá de asegurar tanto el pago de las primas que se originen por cada renovación de la fianza, como la recuperación de la cantidad por la que la compañía se obligue por él y que en un momento dado, el acreedor del fiado le puede exigir y que tendrá que pagar para, posteriormente repetir en contra del afianzado.

En pocas palabras, para que éste negocio se realice, el fiado debe garantizar a la afianzadora el cumplimiento de la obligación que con ella contrae, a saber, la restitución total de lo que la compañía pague por él.

Entonces la fianza de empresa es una garantía, pero que sólo se presta cuando su objeto se encuentra también asegurado, lo que se conoce como contragarantía.

Uno de los aspectos fundamentales para el funcionamiento de una compañía de Fianzas, es el relativo al margen legal de operación, que consiste en el límite legal hasta por el cual una compañía puede otorgar fianzas con la contragarantía que considere conveniente (Art. 19 L.I.F.). Este margen legal, comprende el quince por ciento del capital base de operaciones (Art. 16 y 17 L.I.F.) de la empresa y lo vigila la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que tomando en consideración la opinión

de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, anualmente concede a las afianzadoras la ampliación que estime pertinente según sus estados financieros.

Cuando el monto de la operación por el cual la afianzadora va a otorgar una fianza rebasa su margen legal de operación, "necesariamente tendrá que contratar reafianzamiento o reaseguro que cubrirá el excedente del margen de operación, o bien, tener garantizada la recuperación mediante: prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, o contrafianza".

¹¹ En consecuencia, el fiado estará obligado a satisfacer lo ordenado por este precepto, al igual que la compañía para que pueda constituirse en fiadora.

De ésta manera, la Ley prevé una contrafianza para que a las compañías afianzadoras se les garantice la recuperación del monto por el cual van a respaldar a su fiado.

Debemos entender por contrafianza, "La garantía que se otorgue a favor de la fiadora, y que en el caso de la fianza de empresa, debe darse cuando exceda su margen de operación". ¹² En el supuesto del Artículo 24, cuando expresamente se exige la obligación de obtener una contrafianza o contragarantía, aunque por disposición del Artículo 19 de la citada Ley, las Instituciones de Fianzas siempre deben de tener garan-

¹¹ Artículo 24, LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, (L.I.F.).
¹² Barrera Gray Jorge, INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO, Edic. U.N.A.M., México 1981, Tomo II, Derecho Mercantil, pág. 882.

tía suficiente para la recuperación, cualquiera que sea el monto de la responsabilidad que contraigan.

Es aquí, cuando nos encontramos con la problemática que ha ocasionado la disposición que en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 se asentó en el Artículo 28 y que en las reformas de 1982 quedó en el Artículo 31. Antes de citar su texto, cabe mencionar lo que en materia de garantías para las afianzadoras quedó plasmado en la exposición de motivos de las mencionadas reformas, lo que en parte sustenta la base de la idea que en este trabajo se desarrolla. En dicha exposición se dijo: "En tratándose del régimen de garantías que las instituciones de fianzas deberán obtener de los fiados, se recoge el principio de que cuando una responsabilidad no exceda del margen de operación de una institución, tales garantías podrán ser determinadas libremente por la misma.

En esta materia, la iniciativa moderniza el régimen, lo hace flexible para permitir nuevos instrumentos y libera de requisitos para el otorgamiento de las garantías".¹³

La razón jurídica de las reformas a la Ley en dicha materia, es volverla más accesible y práctica, adecuándola a las circunstancias comerciales y

¹³ Exposición de Motivos, REFORMA A LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, México 1981, pág. 11.

financieras de la actualidad. Además al reconocer los múltiples beneficios que han reportado las compañías afianzadoras, al organizar públicamente un modo sencillo y eficaz de garantizar obligaciones, el legislador con el afán de mantener esa funcionalidad y con la idea de expandirla, concedió de manera especial y sólo en atención a las instituciones de fianzas, una nueva forma de contragarantía, simple, segura y con un mínimo de requisitos para su otorgamiento.

En efecto, no puede ser otra la razón del nuevo Artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuyo texto dispone:

ARTÍCULO 31.- "El fiado, obligado solidario o contrafiador, expresamente y por escrito, podrán afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario, corredor público, o la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, se asentará, a petición de las instituciones en el Registro Público de la Propiedad.

La afectación en garantía surtirá efectos contra terceros desde el momento de su asiento en el citado Registro, conforme a lo dispuesto por el Artículo 100 de ésta Ley, debiendo indicarse así en el propio asiento registral".

De esta manera, además de las contragarantías consignadas en el Artículo 24 del mencionado ordenamiento legal, del artículo transcrito, se desprende la existencia de un nuevo tipo de contragarantía, cuya esencia concuerda con el propósito de las ideas citadas de la exposición de motivos; pero que su estructuración resulta deficiente, contradictoria e incompleta; lo que ocasiona que los efectos legales deseados no se cumplan debido a la mala disposición de su causa.

En realidad, lo que quiso ser una innovación, se quedó en el principio sin que el legislador, ignora la causa, hayase concluido la implementación jurídica de este nuevo instrumento de garantía para las afianzadoras.

Hasta aquí he sentado las bases de la cuestión a tratar, para que en los capítulos siguientes exponamos los argumentos con los que sustentaré la conclusión que considero conveniente, tanto jurídica como práctica y que propongo abierta a toda crítica, como la solución adaptada a un lógico desenvolvimiento del derecho que ordena a las instituciones de fianzas, acorde con sus necesidades actuales de funcionamiento, debido al constante aumento del volumen de fianzas que expiden, y con la seguridad y

equilibrio jurídico adecuados de tal manera, que su aplicación resulte justa para las partes que en ella intervengan.

Nuestro derecho debe siempre estar en constante revisión para evitar estancamientos y agilizar la normatividad de las actividades de la vida moderna. En materia de seguridades, cabe apuntar que "una legislación bien ordenada debe suministrar a todos la posibilidad de utilizar como instrumentos de crédito todos los bienes, todos los valores pecuniarios o morales, de que dispone; una buena organización del crédito es indispensable para toda la comunidad social".¹⁴

¹⁴ . José María Luis, op. cit., pág. 394.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS ARTICULOS 31 Y 100 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS ¹⁵

En este capítulo analizaré solamente aquellas disposiciones que constituyeron los antecedentes de las que, hoy en día, obligan a las instituciones afianzadoras a recabar garantías de respaldo de las responsabilidades contraídas, para así apoyar cuáles constituyen antecedentes directos de los artículos 31 y 100 en estudio.

El decreto de 3 de junio de 1895, que fijó las bases para otorgar concesiones a compañías de fianzas y que constituye el primer ordenamiento dictado para normar el funcionamiento de las afianzadoras, estableció expresamente, en su base VIII que en "ningún caso se firmará contrato alguno de concesión, sin que la Compañía deposite previamente a la orden de la Tesorería General de la Federación, en alguno de los Bancos de la Ciudad de México, autorizado por la Ley expresa o concesión especial para practicar operaciones bancarias, la cantidad de cien mil pesos, dinero efectivo, plata mexicana, en garantía del cumplimiento de todas las estipulaciones del Contrato y de las responsabilidades que reporte la Compañía por las operaciones que ejecute en virtud de la concesión".

¹⁵ Los datos que se citan en este capítulo fueron tomados de la Legislación sobre Fianzas, editada por la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, D.F., 1985.

Ese depósito obligatorio tenía la finalidad que el propio legislador señalaba en la exposición de motivos de dicho decreto: "El Ejecutivo en las bases que consulta, ha tenido por principal objeto que las compañías concesionarias garanticen satisfactoriamente el cumplimiento de todas sus obligaciones, para que esa clase de instituciones, nuevas entre nosotros, produzcan los resultados que se desean, inspirando confianza al público, no menos que a los Gobiernos de los Estados y a los Municipios".

Si por cualquier causa, en los casos de responsabilidad de un funcionario o empleado, cuyo manejo hubiere sido garantizado por la afianzadora y cuya responsabilidad se derivase de la falta de dinero o valores, la compañía obligada no cumpliera con su obligación de depositar en efectivo el importe de la fianza otorgada, la Secretaría de Hacienda estaba facultada para ordenar que de esa suma de cien mil pesos, depositada en garantía del cumplimiento del contrato concesión, se consignará especialmente la cantidad que fuere necesaria para cubrir la responsabilidad que se tratara. En este caso la empresa estaba obligada a reconstituir la integridad del depósito de cien mil pesos en el lapso de 10 días, so pena de no poder continuar sus operaciones y de que se le declarara caduca la concesión.

En las disposiciones anteriores, encontramos los primeros antecedentes de lo que la Ley en vigor denomina "orden de registro en pasivo" y también

de los remates de valores que aún se efectúan cuando las instituciones obligadas no cubren el importe de sus fianzas dentro de los términos que señala la Ley.

En la Ley de 24 de mayo de 1910, que estableció las reglas a que debían sujetarse las compañías legalmente constituidas, que fueran autorizadas por el Ejecutivo de la Unión para expedir fianzas a favor de la Hacienda Pública Federal, se mantuvo la obligación para las Compañías de "garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades, constituyendo previamente un depósito de dinero en efectivo o en bonos de la deuda pública, por cantidad que no baje respectivamente de cien mil, doscientos mil o trescientos mil pesos, según las distintas clases de fianzas que quieran expedir".¹⁶

Es más, en el artículo 5o. de dicha Ley se estableció expresamente que "los depósitos quedarán afectos exclusivamente a las responsabilidades de la compañía, por las cauciones que otorgue a favor del Gobierno Federal, y se aplicarán por orden administrativa, a cubrir dichas responsabilidades cuando aquella no hiciere oportunamente el entero de las cantidades que se le reclamen. En tal caso la compañía quedará obligada a reconstituir el depósito dentro de diez días; y si no lo hiciere, se le retirará la autorización".

16. Exposición de Motivos de la Ley que establece las reglas a que deben sujetarse las compañías legalmente constituidas que sean autorizadas para expedir fianzas en favor de la Hacienda Pública Federal de 24 de mayo de 1910.

Es interesante señalar por otra parte, que en el artículo 10. de la Ley que se comenta, se dispuso que las fianzas que expidieran las compañías nacionales o extranjeras, legalmente constituidas, que estuvieran autorizadas por el Gobierno Federal para expedir fianzas en favor de la Hacienda Pública Federal, serían "admitidas por las autoridades y oficinas públicas sin necesidad de calificar en cada caso la solvencia de las compañías" que las expidieran.

Aquí se concedió por vez primera a las afianzadoras lo que después se ha denominado "el beneficio de acreditada solvencia" que en aquel entonces se basaba en el hecho de que las compañías estuvieran autorizadas para expedir fianzas y lógicamente en los requisitos que dicha autorización suponía que habían llenado.

El 24 de junio de 1910, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las "disposiciones expedidas para el régimen de fianzas que otorguen a favor de la Hacienda Pública, las compañías que soliciten y obtengan del Gobierno Federal la autorización correspondiente", mismas que constituían un verdadero reglamento de la fianza de fidelidad.

En las disposiciones vigésimosegunda y vigésimotercera de este ordenamiento, se establecía la obligación de las fianzadoras de depositar

en dinero en efectivo, el importe de las reclamaciones que sobre fianzas de fidelidad recibieran, en la inteligencia de que si no lo hacían, la Secretaría de Hacienda estaba facultada para ordenar que de la suma depositada en garantía de las obligaciones que la compañía contrajera, consignara la cantidad necesaria para cubrir la responsabilidad, con la obligación de las compañías de reconstituir la integridad del depósito en 10 días, so pena de que se les retirara la autorización.

Por Ley del 11 de marzo de 1925, se dispuso que las compañías de fianzas serían consideradas como instituciones de crédito y que por lo tanto les serían aplicables las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924, en lo que no previera dicha Ley.

En esta Ley se añadieron al requisito de constituir depósito en efectivo en garantía de las responsabilidades de la Compañía por las cauciones que otorgara que ya existía en Leyes anteriores y al de constituir un fondo ordinario de reserva igual al 10% de las utilidades anuales, requisito este último que exigía la Ley General de Sociedades Mercantiles para toda clase de sociedades, el de operar con un capital mínimo y especialmente el de constituir un fondo que se llamaría "Reserva de Premios por Fianzas en Vigor", que debía mantenerse íntegra e invariablemente, en una suma que no fuera menor del 50% del importe de los premios anuales so-

bre todas las fianzas vigentes en la República. Sobre este fondo no se podía hacer ningún descuento por reaseguros hechos con compañías que no hubieran cumplido con lo que disponía la Ley y no formaba parte, en ningún caso, del activo de las quiebras de las compañías de fianzas.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926, en la que quedaron incluidas las disposiciones relativas a fianzas, no presentó ninguna modificación importante a lo establecido por leyes anteriores. Se mantuvo la obligación de constituir la denominada "Reserva de Premios por Fianzas en Vigor" y se señaló en el artículo 237, la forma como debería integrarse ese fondo de reserva.

El decreto de 28 de diciembre de 1933, que reformó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, no influyó en el aspecto que estamos comentando.

Como podemos advertir, hasta este momento las disposiciones legales expedidas para normar el funcionamiento de las empresas afianzadoras no hacían referencia alguna de la obligación de garantizar la recuperación de las responsabilidades contraídas mediante el otorgamiento de fianzas. La solidez económica de las instituciones se fundaba principalmente en esas reservas que por Ley debían constituir.

Sin embargo, a partir de las "Disposiciones Generales relativas a calificación de Fianzas" de 23 de febrero de 1939, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 1o. de marzo de 1939, podemos apreciar como se añaden a esas reglas relativas a la constitución de reservas, las referentes a la constitución de las contragarantías.

En efecto, con el propósito de que las operaciones de fianzas se practicaran sobre bases técnicas que impidieran comprometer la estabilidad económica de las Compañías fiadoras y que permitieran evitar las consecuencias derivadas de la insuficiencia de las garantías otorgadas, se estableció en los incisos a) y b) de la disposición número 1, que las fianzas cuyo monto excediera del 20% del capital y reservas de las compañías fiadoras, sin incluir el fondo de reserva de primas por fianzas en vigor y la reserva por reclamaciones pendientes, debían admitirse, pero las fianzas que excedieran de tal límite que actualmente se conoce con el nombre de margen de operación, debían reafianzarse o bien tener una suficiente contragarantía.

Por otra parte, por vez primera se sujetó el llamado beneficio de acreditada solvencia, que hasta ese momento se fundaba en el hecho de que las afianzadoras estuvieran autorizadas para expedir fianzas, al supuesto de que el monto de la fianza expedida estuviera precisamente dentro del límite mencionado. Las fianzas que excedieran del mismo, debían reafian-

zarse o bien expedirse con suficiente contragarantía, que aprobaría la Secretaría de Hacienda en cada caso.

En las "Disposiciones generales relativas a reafianzamientos y contragarantías" de 15 de abril de 1940, publicadas en el Diario Oficial del 25 de junio del mismo año, se reglamentaron las contragarantías que podrían aceptarse para respaldar las responsabilidades derivadas de la expedición de fianzas cuyo monto excediera de ese 20% del capital y reservas combinados, sin incluir el fondo de reserva de primas por fianzas en vigor y la reserva por reclamaciones pendientes, en aquellos casos excepcionales en los que no existiera reafianzamiento, estimándose que debían ser un depósito en efectivo o valores de cotización constante y de amplia demanda en el mercado nacional, o una hipoteca en primer lugar. Tales contragarantías, o el reafianzamiento en su caso, debían ser aprobados previamente a la aceptación de las fianzas por las autoridades correspondientes, por la Dirección General de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Posteriormente, por oficio de fecha 19 de febrero de 1941, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público adicionó las "Disposiciones Generales" de 15 de abril de 1940, precisando que "no será precisa la constitución del depósito o de la hipoteca de que habla en párrafo anterior, cuando

preste la contragarantía una empresa establecida en la República y que a juicio de la Secretaría de Hacienda tenga la solvencia necesaria para responder de las obligaciones que por virtud de dicha contragarantía asuma".

En la Ley de Instituciones de Fianzas de 31 de diciembre de 1942, se mantuvo la exigencia de constituir un depósito, que en el caso debía ser igual al 10% del capital mínimo requerido, aunque ya no como garantía del cumplimiento de las obligaciones que contrajera la compañía, sino como requisito para que se diera trámite a la solicitud de otorgamiento de autorización para operar.

Se fijó, en cambio, la obligación de tener un capital pagado mínimo de \$250,000.00 para cada uno de los ramos que la compañía deseara operar y la de constituir determinadas reservas legales.

Una de ellas, la reserva para obligaciones ya exigibles y pendientes de cumplir, que debía formarse con el importe total de las sumas que la compañía debiera desembolsar al ocurrir el acontecimiento previsto en el contrato, presentaba una particularidad especial.

En efecto, conforme al artículo 43 de dicha Ley, podían "incluirse como valores afectos a reservas para obligaciones pendientes de cumplir, las contragarantías correspondientes, aceptadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin exceder, en caso alguno del monto de la reserva individual correspondiente".

En este precepto se advierte esa enorme importancia que ya para entonces habían cobrado las contragarantías, como parte de la técnica de operación de las fianzas, pues si la obligación asumida por la afianzadora estaba debidamente respaldada con garantía suficiente de recuperación, dicha garantía servía, en caso de que la fianza fuera reclamada, para evitar a la compañía la necesidad de constituir, con bienes de su activo esa reserva, lo que le representaba sin duda, una gran ventaja: la de no inmovilizar su efectivo o valores de fácil realización en la constitución de la misma.

Ahora bien, con relación a las contragarantías, la Ley de 42, establecía en su artículo 23, que "las responsabilidades que contraigan las compañías de fianzas, sin reafianzamiento o sin las contragarantías a que se refiere el artículo 29, no serán superiores en cada riesgo al límite de retención que semestralmente fija la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que será igual al 20% de su capital y reservas estatutarias", lo que daba una aparente flexibilidad al principio de que toda fianza debe

ría expedirse con garantía suficiente de recuperación; aparente, pues como hemos visto, en caso de reclamación la compañía, a requerimiento de la Secretaría de Hacienda, debía constituir la reserva de reclamaciones exigibles pendientes de cumplir.

Por otra parte, la contragarantía era obligatoria en todos aquellos casos en que la responsabilidad contratada excediera del "límite de retención autorizado para cada riesgo". Dicha contragarantía podía consistir en:

- I. Depósito en efectivo o en valores.
- II. Prenda o hipoteca en primer lugar.
- III. Fianza de persona física o moral que acreditara fehacientemente su idoneidad y solvencia a juicio de la Secretaría de Hacienda, la que en todo caso debía exigir lo siguiente:

- a) Que el contratador tuviera bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad ubicados dentro del Territorio Nacional. La Secretaría de Hacienda, discrecionalmente, podía no exigir este requisito a las personas morales que llenaran otros que fijaba la Ley.

- b) En su caso, los bienes raíces del contratador debían ser

valuados por una institución nacional de crédito, cuando el valor que se les pretendía atribuir era superior al fiscal o catastral.

IV. Fideicomiso de Garantía.

La citada fracción III, tenía íntima relación con el artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, y en ambas disposiciones encontramos, como se advertirá más adelante, el antecedente legislativo mediato del artículo 28 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1950, y a su vez, este antecedente inmediato del artículo 31 de la Ley en vigor.

Los decretos de 30 de marzo de 1943, 12 y 27 de junio del mismo año, no presentan mayor interés. En cambio, el decreto de 11 de febrero de 1946, que reformó varios artículos de la Ley es de señalarse sobre todo por cuanto a que reformó el artículo 23 de la Ley y redujo el límite de retención por cada riesgo al 15% del capital y reservas estatutarias de las instituciones. Con ello se redujo también, en un 15% la posibilidad de expedir fianzas sin reafianzamiento o sin garantía suficiente de recuperación.

Las reformas a la Ley de Fianzas introducida por decreto de 30 de diciem-

bre de 1946, son igualmente importantes, pues en ellas se reafirmó la regla general de que "al otorgarse las fianzas, las compañías deberán cubrirse contra el riesgo a que se exponen, exigiendo para ello garantías específicas suficientes, cualquiera que sea el monto de la fianza otorgada" ¹⁷, y se puntualizó nuevamente la afirmación del legislador, ya expresada con anterioridad en la exposición de motivos de la Ley de 42, en el sentido de que "las compañías de fianzas no asumen ni distribuyen riesgos, sino que simplemente se limitan a prestar un servicio mediante el exámen de contragarantías suficientes, que les permita constituirse en obligados directos frente al acreedor en la operación"; ¹⁸ afirmación con la que quiso recalcar que la fianza debe operarse sobre bases técnicas diferentes a las del seguro.

Respecto a las formas de garantizar las obligaciones contraídas, no se introdujeron más que ligeras modificaciones, sin alterar las señaladas en la Ley.

Del decreto de 22 de enero de 1949, que modificó la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, es importante mencionar el artículo 43 modificado, que establecía la forma de constituir la reserva por reclamaciones, que junto con la reserva técnica de riesgos en curso, señalaba como obligatorio el artículo 42.

¹⁷ Exposición de Motivos del decreto que reforma la Ley de Instituciones de Fianzas de 30 de diciembre de 1946.

¹⁸ *Ibid.*

Dicha disposición establecía lo siguiente:

Artículo 43.- Las reservas por reclamaciones se constituirán de acuerdo con las siguientes reglas:

- I. Si la institución de fianzas tiene alguna de las contragarantías indicadas en el artículo 29, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, juzgando discrecionalmente en el momento de la reclamación la considere suficiente y de efectividad práctica, la aceptará como activo de la institución afecto a la reserva por reclamaciones, sin exceder en caso alguno del monto de la reserva individual correspondiente. Dicha Secretaría podrá revisar sus resoluciones en esta materia y, en su caso, exigir a la Institución la substitución de las contragarantías.

- II. Si la institución carece de las contragarantías que satisfagan o dejen de reunir los requisitos indicados en la fracción anterior, deberá constituir la reserva en efectivo o en valores de fácil realización a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro de los 60 días siguientes al emplazamiento respectivo.

La Secretaría citada determinará administrativamente, en cada caso, el porcentaje de la inversión afecta a reservas técnicas, que deberá estar representado por valores de fácil realización".

En este precepto se advierte claramente esa íntima relación que como hemos venido indicando, ha existido siempre entre reservas y contragarantías.

El 24 de diciembre de 1950 se abrogó la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942 con la publicación de la nueva Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La creación de esta nueva Ley buscó el perfeccionamiento de los sistemas de operación y procuró mejorar la estabilidad económica y la liquidez de las empresas.

En una breve exposición de motivos, en materia de contragarantías únicamente se dijo que "El sistema de operación se ha estructurado de modo que las instituciones sólo otorguen fianza cuando tengan suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de fiadoras. Las garantías de recuperación son a tal modo

importantes, que su existencia regular es el factor primordial para que la presunción de solvencia que la ley otorga a estas empresas sea una realidad práctica... En esta forma se pone en práctica el principio de que el apoyo principal de la solvencia de una institución de fianzas, consiste en las contragarantías otorgadas a favor de la institución fiadora". 19

Los párrafos anteriores resaltan la importancia que da el legislador a las contragarantías para las afianzadoras. De esta manera en el Capítulo II de la Ley titulado "Operaciones" se regula el funcionamiento de las garantías para las instituciones; así el artículo 15 impone la obligación de tener siempre garantizada la recuperación; el artículo 17 deja en libertad a las empresas para que señalen libremente las garantías que requieran, siempre que la responsabilidad que asuman no rebase su margen de operación, y si lo hace, las obliga a obtener alguna de las garantías que enumera el artículo 21, a saber: prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza, reafianzamiento o reaseguro; el artículo 22 exenta de esa obligación al fiado ampliamente solvente; y, por último en el artículo 28, el legislador constituyó una nueva forma de garantía para las afianzadoras al establecer que:

Artículo 28.- "El fiado obligado y contrafiador

19 La Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Edit. Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, México, 1976. Exposición de Motivos, págs. 4 y 8.

expresamente y por escrito, podrán afectar en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario o la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se anotará a petición de las instituciones o de dicha Secretaría, al margen de la inscripción de propiedad del Registro Público.

La afectación en garantía surtirá efecto contra tercero desde el momento de su anotación en el citado registro"

La exposición de motivos no hace alusión alguna a este artículo. Pero es indudable que el legislador con los motivos ya citados y con el "ánimo de agilizar el sistema de contragarantías" ²⁰ estableció una nueva garantía. Por la forma en que la estructuró precisando las partes, la finalidad, el objeto en que recae, la autenticación del documento en que se formaliza la publicidad registral, y los efectos contra tercero desde su inscripción elaboró un supuesto jurídico cuya actualización confiere a la institución de fianzas la titularidad de un derecho real de garantía sobre el inmueble afectado, hasta por el monto de la obligación afianzada.

20

El legislador ha mostrado preocupación por mantener dinámico el sistema de garantías para las afianzadoras, como lo señaló en la exposición de motivos del 27 de diciembre de 1963 cuando adicionó la prenda; "también resulta conveniente en beneficio del público que requiera los servicios de fianzas facilitar el otorgamiento de una de las garantías de recuperación que técnicamente requieren estas instituciones para poder prestar ese servicio..." Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Efit., Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros, México, 1976, pág. 13.

Así como cada garantía del artículo 21 se hace valer por medio de una vía específica, el legislador en el capítulo IV de la Ley titulado "Procedimientos Especiales", dispuso que:

Artículo 100.- "Las instituciones de fianzas podrán embargar bienes que hubiesen sido anotados marginalmente, como lo establece el artículo 28 de esta Ley, aún cuando dichos bienes hubiesen pasado a terceros por cualquier título. Los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha de la anotación marginal".

Una vez establecido el antecedente directo de los artículos 31 y 100 en estudio, veamos como quedaron después de las reformas de 1981 que prácticamente modificaron toda la Ley de Fianzas.

En la Ley de 1981, el principio en materia de contragarantías, sigue siendo el mismo, es decir, cuando la responsabilidad asumida no rebasa el margen de operación de la empresa, ésta determina con libertad las garantías que requiera, pero si lo rebasa forzosamente tendrá que contar con algunas de las garantías que dispone el artículo 24 de dicha Ley.

Recordemos que en la exposición de motivos de esas modificaciones, en cu

to a las garantías se determinó que: "En esta materia, la iniciativa moderniza el régimen, lo hace flexible para permitir nuevos instrumentos y libera de requisitos para el otorgamiento de garantías". 21

En efecto, hubo ciertas reformas para la prenda, la hipoteca, para el obligado solidario y el contrafiador. El articulado también cambió y para 1981, el anterior artículo 28 quedó plasmado en el artículo 31 de la siguiente manera:

Artículo 31.- "El Fiador, obligado solidario o contrafiador expresamente y por escrito, podrán afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario o la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, se asentará, a petición de las instituciones de fianzas o de dicha Comisión, en el Registro Público de la Propiedad.

La Afectación en garantía surtirá efectos contra terceros desde el momento de su asiento en el citado Registro, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de esta Ley, debiendo indicarse así en el propio asiento registral".

21 Exposición de Motivos, Reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, México 1981, pág. 11.

Veamos cuales son las modificaciones que presenta este artículo en relación al anterior artículo 28 que ya quedó citado.

En primer lugar, las funciones encomendadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ahora lo están a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la cual ejerce las funciones de inspección y vigilancia de las afianzadoras conforme al artículo 66 de la nueva Ley. Ahora es la Comisión la que puede ratificar el documento de afectación del inmueble y mandar pedir que se asiente en el Registro Público.

En segundo lugar, ya no se menciona que el documento se anote marginalmente en la inscripción de propiedad, sino que se asentará en el Registro Público.

En tercer lugar, el artículo 28 disponía que los efectos contra terceros surten desde el momento de la anotación en el Registro. En el artículo 31 se dispone que surtirán conforme al artículo 100 de esa Ley, el cual corresponde exactamente al mismo numeral de la Ley anterior, sólo que codificado de la siguiente forma:

Artículo 100.- "Las instituciones de fianzas po

drán embargar bienes que hubieran sido registrados como lo establece el artículo 31 de esta Ley, aún cuando dichos bienes hubieran pasado a terceros por cualquier título. Los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente.

Los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes posteriores al momento de que se haya hecho el asiento registral".

Este artículo se encuentra en el Capítulo IV de la Ley titulado "Procedimientos Especiales" y concede la acción persecutoria contra tercero y la preferencia en el pago con respecto de otros créditos posteriores.

En cuanto a los efectos del artículo 31, señala que después del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público, ya no menciona anotación marginal como la Ley anterior; tampoco lo hace en cuanto a la preferencia en el pago, en relación a los acreedores hipotecarios o embargantes posteriores a la fecha del asiento registral.

Una vez marcadas las nuevas modificaciones, podemos concluir en que en el

fondo la esencia del artículo 31 sigue siendo la misma que ya expusimos previamente para el anterior artículo 28.

Como pudimos apreciar de todo lo expuesto, el actual artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no tiene precedente, en disposición anterior alguna de las dictadas para normar el funcionamiento de las afianzadoras, pues constituyó una verdadera innovación en lo referente a las formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con dichas empresas.

Acaso en el artículo 31 de la Ley de Fianzas de 1942 pudiéramos encontrar el precedente mediano, aunque los efectos de esta disposición hayan sido muy diferentes, según se advierte de un análisis muy superficial de la misma.

En efecto, el artículo 31 de la Ley de 1942 (refiriéndose al caso en que la contragarantía consistiera en fianza de persona física o moral que hubiera acreditado fehacientemente su idoneidad y solvencia, por haber comprobado, a satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras circunstancias, el tener bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, ubicados dentro del Territorio Nacional) disponía que "al aprobar la Secretaría de Hacienda la fianza

remitirá copia de tal aprobación al Registro Público de la Propiedad para que al margen de la inscripción de la propiedad correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del contrafiador, se ponga la nota relativa al otorgamiento de la fianza".

"Extinguida ésta, la misma Secretaría dará aviso al Registro Público, para que se haga la cancelación de la nota marginal".

"Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impide las gestiones directas que puedan hacer ante el registrador las compañías interesadas, para la inscripción de contragarantías en fianzas que no excedan de su límite de retención".

"En los certificados de gravamen que se expidan en el Registro Público se harán figurar las notas marginales mencionadas".

"Si el contrafiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad se hayan anotado conforme a lo antes dispuesto y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquella se presumirá fraudulenta".

Como podemos advertir, los efectos de la anotación marginal prevista en esta disposición estaban claramente señalados en su propio texto.

Seguramente que el artículo 31 citado se inspiró en los artículos 2852 y siguientes del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que a su vez significaron una innovación con relación al Código Civil de 1884, tal como lo manifiesta el propio legislador en la exposición de motivos del ordenamiento primeramente citado y lo explica con claridad el Lic. Efrén Cervantes Altamirano, cuando indica, refiriéndose a las reformas introducidas por el Código de 1928 que "en el capítulo de fianzas legales o judiciales las modificaciones que se introdujeron fueron producto de la necesidad, para evitar, como los redactores del Código indican, los frecuentes abusos que en su otorgamiento cometían individuos que habían constituido una verdadera industria de las mismas. Así, con el objeto de que éstas no resultaran ilusorias y realmente constituyeran una garantía efectiva, se dispuso que cuando excedieran de \$1,000.00, debía presentarse un certificado expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que demostrará que el fiador tenía bienes suficientes para responder de la obligación que se echaba a cuestras, y además que se hiciera constar en una inscripción marginal que los citados bienes quedaban afectos a la satisfacción de la deuda garantizada; en estas circunstancias si los fiadores gravan o enajenan sus bienes y por ello resultan insolventes, esa enajenación se presume fraudulenta". 22

Advirtamos pues, la similitud existente entre el artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942 y los artículos 2852 y siguientes del Código Civil vigente y notemos también las claras diferencias que presentan ambas disposiciones con relación al artículo 31 de la Ley de Fianzas en vigor, que únicamente conservó de aquellas la forma registral de dar publicidad a la figura que este último precepto establece, o sea mediante asiento registral la inscripción del título correspondiente en el Registro Público de la Propiedad.

Puesto que la anotación en el Registro mencionado del otorgamiento de la fianza, no tenía el efecto de que pudiera oponerse a terceros el compromiso contractual de no enajenar ni gravar el inmueble designado para comprobar la solvencia del contrafiador, pues como hemos indicado, su único efecto era el de establecer una presunción de fraude para el caso de que la enajenación trajera consigo la insolvencia del deudor, es lógico suponer que tal figura no proporcionará a las instituciones suficiente garantía, lo que constituía indudablemente un obstáculo para la operación de las fianzas cuyas técnicas exige que esté suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que como fiadoras lleguen a cubrir las compañías afianzadoras.

Seguramente que por esta razón, ya con anterioridad al momento en que cristalizó la preocupación de elaborar una nueva Ley Federal de Instituciou

nes de Fianzas, se había externado la preocupación de dar efectos reales a la anotación marginal de las fianzas, que se practicaba a instancias de las afianzadoras en la inscripción relativa a los inmuebles con que los fiados o contrafiadores hubieran demostrado su solvencia económica.

Concretamente el Lic. Ignacio Burgos, en un pequeño artículo que fué publicado en la Memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas, que se celebró en el año de 1946, manifestaba esa preocupación de encontrar una forma sencilla, en virtud de la cual pudieran garantizarse a las instituciones, en forma más eficaz a la establecida en aquel entonces, la posible recuperación de las cantidades que como fiadoras llegaren a cubrir las compañías de fianzas.

Dicho artículo, presentado como ponencia tendiente a obtener una reforma a la Ley, se titulaba "LA ANOTACION MARGINAL DE LAS FIANZAS Y LAS CONTRAFIANZAS EN LA INSCRIPCION PUBLICA DEL INMUEBLE CON EL QUE EL FIADO O EL CONTRAFIADOR HAYAN DEMOSTRADO A LAS COMPAÑIAS AFIANZADORAS SU SOLVENCIA ECONOMICA. PONENCIA TENDIENTE A OBTENER LA REFORMA O ADICION DEL ARTICULO 31 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE FIANZAS".

Es interesante transcribir algunas partes del mismo, porque nos permitirá comprobar más adelante, que en la intención de los autores de la Ley de --

1950 estaba el crear una figura que permitiera que se confiriera a las instituciones un derecho real de garantía:

"La estabilidad y el éxito económico de las compañías de fianzas dependen, en gran parte, no solamente de la circunstancia de que no se realice ningún riesgo caucionado, sino de la posibilidad efectiva de resarcirse del daño o perjuicio proveniente de un siniestro..."

"...La Ley de instituciones de fianzas apunta la posibilidad de que, al margen de la inscripción pública de los inmuebles de que se trate, con los que el fiado o contrafiador hayan demostrado a la entidad afianzadora dicha solvencia, se practique la anotación de que tales sujetos tienen contraídas obligaciones a favor de la compañía de fianzas, circunstancia que se desprende del artículo 31, fracción II, incisos 4, 5 y 6".

"Cuál es el alcance jurídico de dicha anotación marginal? Tiene ésta todas las características y efectos de un gravamen real? Constituya, en realidad dicha anotación una eficaz garantía para las entidades afianzadoras?"

"El atributo particular de todo gravamen real estriba en que el objeto mueble o inmueble que afecte, conserve la afectación correspondiente a través de todos los actos translativos de dominio que respecto de él se realicen..."

"Si Analizamos el alcance que tiene la anotación marginal a la luz de las disposiciones relativas contenidas en el artículo 31 de la Ley de instituciones de fianzas, llegamos a la conclusión evidente de que dicho acto produce el efecto principal de que se refuten fraudulentas las enajenaciones posteriores de los inmuebles sujetos a una inscripción anotada con fianza o contrafianza, siempre y cuando que, por consecuencia

del indicado acto translativo de dominio, el fiado y el contrafiador resulten insolventes".

"Ni la Ley de instituciones de fianzas, ni el código civil, supletorio de este ordenamiento, establecen que la anotación de una fianza o de una contrafianza al margen de la inscripción de la propiedad inmobiliaria concreta en el registro público respectivo, sea una verdadera afectación real, susceptible de producir las consecuencias jurídicas de un gravamen de tal índole y las compañías afianzadoras sólo pueden ejercitar la acción Pauliana o en fraude de acreedores a que se refieren los artículos 2163 a 2179 del Código Civil".

"Es cierto que tanto el artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas como el código civil en sus preceptos relativos, dispone que en los certificados de gravamen que expida el registrador público de la propiedad en cada caso, se harán figurar las fianzas o contrafianzas anotadas al margen de la inscripción correspondiente, mas esta circunstancia sólo tiene el alcance de que los adquirientes de los inmuebles respectivos se prevengan frente a las mismas, sin que, por otra parte, éstos estén obligados frente al acreedor en análogos términos en que lo haya estado el deudor originario".

"Por las razones anteriormente invocadas, se sugiere la adición a la fracción II del artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas, debiendo quedar concebida en los siguientes términos:

La anotación marginal de fianzas o contrafianzas que se practique a instancia de las entidades afianzadoras en la inscripción relativa a los inmuebles con que los fiadores o contrafiadores hayan demostrado su solvencia económica, surtirá todos los efectos jurídicos de un gravamen real. En consecuencia, las compañías de fianzas tendrán prelación frente a cualquier otro acreedor cuya garantía real se hubiera inscrito con posterioridad a la mencionada anotación, y podrán ejercitar en contra de

los adquirentes posteriores del bien inmueble de que se trate, las acciones que les competan contra dichos fiados o contrafiadores en su carácter de deudores originarios". 23

Esta misma idea de reformar la Ley de instituciones de fianzas en el aspecto que estamos comentando, estaba sin duda latente en la mente de alguno de los miembros de la comisión que se formó para la discusión del proyecto de la que sería la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, actualmente en vigor y surgió, como veremos en seguida, precisamente durante las discusiones habidas en el seno de esta comisión.

Pero veamos con detalle el proceso que culminó con el establecimiento de la figura prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley vigente. 24

23 LIC. IGNACIO BURCOA, La anotación marginal de las fianzas y contrafianzas en la inscripción pública del inmueble con que el fiado o contrafiador hayan demostrado a las Compañías Afianzadoras su solvencia económica. Ponencia tendiente a obtener la reforma o adición del artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas. Publicada en memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas. México, 1946.

24 Los datos que se citan, fueron tomados íntegros de la Tesis Naturalista y Efectos de la Afectación en garantía prevista en los artículos 28 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que presentó para obtener su título de Licenciado en Derecho Juan Murguía Pozzi, a quien a su vez le fueron proporcionados verbalmente por el Señor Licenciado Alejandro Gómez Cantú, quien interviniera en la elaboración de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en vigor como asesor permanente de la representación de dichas Instituciones.

Para la elaboración de la que sería la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público turnó inicialmente al comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, un anteproyecto formulado por la propia Secretaría. Ello aconteció a fines de 1949. A su vez, los representantes de las compañías afianzadoras, reunidos en el Comité de Fianzas, designaron una comisión de abogados y contadores a la que turnaron el anteproyecto para su estudio, tanto en su aspecto legal como contable. Dicha comisión quedó integrada por los Licenciados Ignacio Burgos, Alejandro Gómez Cantú, Alonso Prieto Aguilera, Antonio Fernández del castillo, José Alfredo Reynoso y los Contadores Oscar R. Zepeda, Ricardo Havaux y Cruz Martínez Domínguez, habiendo fungido como secretario de la misma el Lic. Jorge Cervera del Castillo.

Con el estudio realizado por esta comisión sobre el anteproyecto formulado por la Secretaría de Hacienda, se dió nueva cuenta al Comité de Instituciones de Fianzas, en cuyo seno se discutió antes de ser sometido a la propia Secretaría, para el efecto de que tomara en consideración las observaciones formuladas. Ello sucedió en el mes de mayo de 1950.

Posteriormente (por oficio de fecha 20 de junio de 1950, girado al Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, suscrito por el Subdirector de Crédito), dicha Secretaría invitó al propio Comité para que designara una comisión que, en representación de

las compañías, acudiera y formara parte de la que se integraría con el objeto de estudiar y redactar el proyecto de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En atención a la oportunidad que se brindaba a las compañías, éstas designaron en la sesión que celebró el Comité con fecha 23 de junio de 1950, una representación que quedó integrada por las siguientes personas: Lic. Gustavo R. Velasco, Presidente de la Asociación de Banqueros, Sr. José A. Zevada, Presidente del Comité de Instituciones de Fianzas, Sr. Alfonso Herrera Salcedo, Sr. Joaquín López Negrete y Lic. Raúl Valdez Villarreal.

Esta comisión mixta que se formó para el estudio y redacción del proyecto de Ley Federal de Instituciones de Fianzas quedó así integrada, además de las personas mencionadas que intervinieron en representación de las Compañías de Fianzas, por los señores Licenciados José Alcazar Arias, en su carácter de Subdirector de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Roberto Hoyo Da'donna, Jefe del Departamento de Seguros y Fianzas de la propia Secretaría y el Sr. Lic. Fernando Jiménez, Asesor de la Dirección de Crédito, como secretario de esta comisión conjunta fungió el Lic. Jorge Cervera del Castillo, e intervinieron también, en calidad de Asesores, algunos de los miembros de la Comisión designada inicialmente por el Comité de Instituciones de Fianzas para el estudio

del anteproyecto. Entre estos últimos tuvo destacada participación el Lic. Alejandro Gómez Cantú quien realizó trabajos extraordinarios como Asesor permanente de la representación de las instituciones afianzadoras.

Como entre las múltiples cuestiones que se discutieron estaba la de las garantías de respaldo que debían recabar las instituciones al expedir sus pólizas, se abordó el punto relativo a los efectos de la anotación marginal que preveía el artículo 31 de la Ley de 1942, y que estaba incluido en el anteproyecto y estudio a que nos hemos referido y que sirvieron de base para las discusiones de la Comisión.

Fue así como en el seno de dicha Comisión redactora del Proyecto de Ley, surgió nuevamente la inquietud de dar a la anotación marginal de inmuebles, un efecto más enérgico que el que proporcionaba la presunción de fraude de acreedores que establecía el mencionado artículo 31, como sanción a los actos de enajenación de bienes al margen de cuya inscripción se hubiera anotado una fianza, siempre que de dicho acto hubiese resultado la insolvencia del contrafiador.

La técnica de operación de las compañías, exigía ya una forma de garantía más eficaz que les proporcionara una mayor seguridad, pero al mismo tiempo sencilla, de modo tal que no obstaculizara la expedición de las fianzas.

Con esta idea se propuso que, a semejanza de lo establecido en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito respecto de los contratos de crédito refaccionarios o de habilitación y avío, se diera lugar en la Ley de Fianza a la posibilidad de que el fisco, obligado solidario o contrafiador pudiera afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones para con las compañías afianzadoras, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público, constituyendo dicha afectación en garantía un verdadero gravamen real, similar a la hipoteca e inscribible, como tal, en el Registro antes mencionado.

Alguna discusión, sin embargo, parece haber girado alrededor de la forma registral de dar publicidad a la afectación en garantía que se pretendía establecer, hubo quien sostuvo que la forma más apropiada para hacer constar en los libros del Registro dicha figura, era mediante un asiento de inscripción en la sección de hipotecas; aunque a la postre prevaleciera la opinión que se inclinaba por la anotación marginal.

Cuales fueron los motivos de esta decisión?

Lo ignoramos, lo cierto es que por esta razón y seguramente por influencia de los artículos 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942 y 2852 del Código Civil, se mantuvo de estas disposiciones la forma registral de dar publicidad a la afectación en garantía que venimos comentando, o sea mediante una nota al margen.

De toda la exposición anterior, podemos advertir un proceso evolutivo orientado hacia el perfeccionamiento de las formas de garantizar a las compañías afianzadoras el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con ellas, tendiente a simplificarlas, a hacerlas más eficaces. Y en el punto culminante de este proceso encontramos la intención de los redactores de la Ley de crear una figura que permitiera que la anotación marginal de inmuebles al margen de cuyas inscripciones se hubiere tomado nota de la existencia de fianzas, tuviera un efecto más enérgico que el que proporcionaba la presunción de fraude de acreedores que establecía el artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942; una figura que confiriera a dichas compañías un derecho real de garantía, con la eficacia inherente a éstos.

Esa fué la intención de los autores de la Ley. Pero esa intención quedó plasmada correctamente en la Ley?

Es frecuente que el fin que persiguen los autores de una Ley al elaborar el proyecto correspondiente, no encuentre el respaldo que buscan del Poder Legislativo y también lo es que existan discrepancias entre lo que se quiso establecer y lo que quedó establecido en la Ley.

Un ejemplo de estas discrepancias, lo tenemos para citar uno relacionado

con el tema, en el caso de la anotación marginal de fianzas legales o judiciales, a que se refieren los artículos 2852 y siguientes del Código Civil, que citamos como antecedentes de la figura prevista en el artículo 31 de la Ley de Fianzas.

En efecto, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales encontramos una referencia a este tipo de fianzas que textualmente dice: "A fin de que las fianzas legales o judiciales fuesen eficaces, se dispuso que los bienes raíces especialmente señalados para responder de las obligaciones de esa clase de fiadores no puedan enajenarse ni gravarse, mientras que la fianza subsista, y para ese efecto se dispuso que de la fianza y su cancelación se tomara razón al margen de las inscripciones de propiedad de los bienes designados para garantizarla". 25

Sin embargo, y no obstante que la intención de los autores de la ley era la de que los bienes raíces especialmente señalados para responder de las obligaciones de esa clase de fiadores, no pudieran enajenarse ni gravarse mientras subsistiera la fianza, el legislador únicamente le atribuyó el efecto que ya antes señalamos: el de establecer una presunción de fraude de acreedores.

En estas condiciones, puede afirmarse que independientemente de la voluntad de sus autores, la afectación prevista en los artículos mencionados confiere a las instituciones un derecho real de garantía?

Para poder dar solución a esta pregunta, no es indispensable analizar las características de los derechos reales y las de los personales y abundar un poco en el contenido de los derechos reales de garantía. De ello nos ocuparemos en los capítulos siguientes.

IV.- DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

Los derechos subjetivos se han clasificado tradicionalmente en un sinnúmero de grupos, atendiendo a diversos criterios. Uno de éstos es el que los distingue, en atención al "contenido económico de las facultades correspondientes al sujeto";²⁶ en patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros son aquellos cuyo contenido es susceptible de apreciar en dinero; el de los segundos por el contrario, no puede ser objeto de tal valoración.

Los derechos patrimoniales se han subdividido a la vez en reales y personales, dependiendo de que ese contenido económico que les es propio se manifieste, bien sea a través de un poder del titular del derecho sobre una cosa determinada o en su defecto, mediante una facultad del propio titular de exigir una conducta del sujeto pasivo que sólo medianamente puede referirse a una cosa.

Esta última distinción ha preocupado, casi sin excepción a todos los tratadistas de la materia, quienes han elaborado detallados estudios sobre el particular, bien sea para afirmar la distinción, para negarla, o

²⁶ De Ruggiero Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, pág. 222, Madrid.

bien para adoptar posturas intermedias.

Es pues sumamente controvertido el tema:

- Quienes admiten la distinción, no siempre atribuyen a ambas clases de derechos un contenido uniforme.

- Quienes la niegan, afirman que no existe el elemento lógico indispensable de toda clasificación, diferencia específica entre los derechos reales y los personales.

- Por último, hay quienes adoptan posiciones intermedias, admitiendo la distinción por considerar que está fundada en la naturaleza de las cosas, siempre sin dejar de reconocer que en la zona intermedia se producen algunas notas comunes, unidas a otras diferenciales. Esta clasificación facilita la exposición de la materia, permite perfilar las verdaderas características de los derechos de uno y otro grupo... Hay que facilitar el conocimiento y comprensión del Derecho hasta el grado máximo posible, y para ello la clasificación más adecuada es la dualista. ²⁷

Intentar exponer las teorías que se han formulado, sería sin duda tema su-

27

Roca Sastre, Ramón M., Derecho Hipotecario (Obras en cuatro tomos), 6a. Edición, Barcelona 1968, pág. 630.

ficiente para un trabajo que escapa de las pretensiones de la presente tesis. Sin embargo, resulta claro que tenemos que partir de una base (relacionada con el punto controvertido), para poder determinar la naturaleza, real o personal de la afectación en garantía prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Este punto de partida es el de sostener la distinción entre los derechos reales y los personales, apoyados por una parte en la opinión dominante entre los autores (que reconocen la distinción), y por otra parte en nuestro propio derecho positivo, que también la admite y presupone en muchas de sus disposiciones, incluso de carácter constitucional, 28 que establecen un diverso tratamiento legal para ambas clases de derechos, y que permiten que podamos afirmar con Albaladejo, que "la distinción entre derechos reales y de crédito no es puramente conceptual, sino que tiene importantes efectos prácticos. Así aquéllos pueden adquirirse por usucapión, y éstos no; entre aquéllos, habiendo colisión, prevalece el más antiguo (regla prior tempore, potior iure), mientras que entre éstos, en principio, la antigüedad no es razón de preferencia; aquéllos tienen plazos distintos que éstos para extinguirse por prescripción; aquéllos se extinguen si se destruye la cosa sobre que recaigan, mientras que éstos no siempre se extinguen; aquellos permiten dirigirse contra cualquiera (erga omnes), que tengan la cosa objeto de los mismos, mientras que éstos autorizan a hacerlo sólo contra el deudor,

28

Ver artículo 121 Constitucional, artículo 750-XII, 751 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, artículo 30. y 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

porque sólo éste está obligado a la prestación que constituye su objeto". 29

Origen de la distinción

El origen de la distinción entre derechos reales y personales, se encuentra, como la gran mayoría de nuestras instituciones y figuras jurídicas, en el Derecho Romano, si bien, como afirma Castán Tobeñas, "no llegó a ser formulada ésta de una manera directa, y sólo a través del procedimiento puede ser encontrado un antecedente de ella" 30

Ya desde el sistema de las acciones de la Ley, que marca la primera etapa de la evolución del Derecho Romano Procesal Civil, el procedimiento era ligeramente distinto según que se reclamaran derechos reales o personales.

Tal diferencia se agudizó en el sistema formulario, pues tanto la demostratio, como la intentio, dos de los elementos de la fórmula presentaba diferentes modalidades según que la acción fuese real o personal.

29 Albaladejo García Mazacl, Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Cosas, pág. 18, Barcelona, 1964.
30 Castán Tobeñas José, derecho Civil Español Común y Rotal, Tomo II, Derecho de Cosas, Décima Edición, Madrid, 1971, pág. 18.

En efecto, la demostración "breve indicación de la causa del pleito", necesaria para delimitar el campo probatorio, no era indispensable en las acciones reales, pues en éstas "la indicación de la cosa, objeto del pleito, individualizada en la intentio, elemento de la fórmula que contenía la de la investigación jurídica". 31

Por otra parte, la intentio, elemento de la fórmula que contenía la pretensión del actor, no incluía, tratándose de las acciones reales, el nombre del demandado, sino única y exclusivamente la determinación de la cosa sobre la que versaba la acción.

Más tarde los glosadores "establecieron como paralela a la distinción entre la actio in rem (acción real) y la actio in personam (acción personal), la oposición entre el ius in re y la obligatio", sobre la cual se elaboraron una serie de teorías "que han opuesto el derecho real (poder directo de la persona sobre la cosa) al derecho personal, de crédito u obligación (poder que recae sobre la voluntad de una persona llamada deudor), y que le obliga a procurar al titular, llamado acreedor una cosa, un hecho o una abstención". 32

31 Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, pág. 151, 3a.

32 Edición, México, 1968.
Castán, Op. Cit. Vol. I, pág. 19.

Visto ya el origen de la distinción, será nuestro propósito señalar cuales son las características de los autores que admiten la distinción entre los derechos reales y los personales, reconocen en ambas clases de derechos, con el fin de determinar más adelante si la afectación en garantía prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas reúne las que corresponden a una u otra clase de derechos.

Características de los derechos reales

Sin perder de vista que los caracteres normales del derecho real pueden encontrarse en los derechos personales (pues ambos son especies de un mismo género), y por esta misma razón sin pretender exagerarlos ni ver en ellos necesidades lógicas ineludibles ³³, podemos afirmar, siguiendo a Barassi que "son dos los elementos constitutivos del derecho real; a) el poder del sujeto sobre la cosa que le permite recabar por sí solo de ella las utilidades de que sea susceptible... y b) la relación del sujeto con los terceros, o sea el deber (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa". ³⁴

33 Ver Rigaud, citado por Rafael Rojas Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Bienes Derechos Reales y Posesión, pág. 8, 2a. Edición, México.

34 Barassi, citado por José Castán Tobeñas, pág. 22.

En función precisamente de ambas características, que deben considerarse en toda buena definición de los derechos reales, y que representan respectivamente lo que se ha denominado el aspecto interno y positivo de tales derechos y el aspecto externo y negativo de los mismos, se ha definido el derecho real como aquel que "dando a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo"³⁵, o también como lo hace Roca con mayor precisión, como "el derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado (inmediatividad) y que asimismo impone a todos (erga omnes) un deber de respeto o abstención (absolutividad) y a veces (en los derechos reales limitados o desentramados) un pati o un non facere y posiblemente unido un facere".³⁶

De los dos elementos señalados, el primero de ellos, o sea el poder del sujeto sobre la cosa, es fundamental para la cabal comprensión de los derechos reales, de su clasificación y de su distinción con los personales.

Ya desde los primeros autores, que abordaron el tema de la distinción entre los derechos reales y personales, y cuyas opiniones se han agrupado

35 Planiol Marcelo y Ripert Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo III, pág. 47, La Habana, 1966.

36 Roca citado por Castán Op., Vol I, pág. 23.

en la teoría que después se llamó clásica, se sostuvo que el derecho real era aquel por virtud del cual se establecía una relación inmediata y directa entre una persona, el titular del derecho, y una cosa, opinión ésta que suscitó airadas críticas, pues se replicaba, y con razón, que no se concebía lógicamente la existencia de relaciones jurídicas entre personas y cosas.

Con el tiempo se ha superado esta posición radical, para quedar configurada, en la opinión dominante como un poder jurídico que no una relación jurídica, del sujeto sobre la cosa, "que le permite realizar en forma directa e inmediata, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, diversos actos sobre una cosa", ³⁷ un poder que "aunque falten facultades de goce, disfrute y de tenencia material de la cosa, atribuye la posibilidad de operar inmediatamente sobre ésta de alguna forma", ³⁸ un poder, en suma, determinado y limitado por la ley de contenido variable y protegido por acciones judiciales.

Precisamente el contenido de ese poder o señorío del titular del derecho real sobre la cosa, nos lleva a la clasificación más conocida de los derechos reales, que los distingue en atención a que tal poder sea general y pleno, el "más amplio posible sobre una cosa corporal, dentro

³⁷
³⁸

Roca Sastre, Op. Cit.
Albaladejo Manuel, Op. Cit. pág. 19.

de límites institucionales, con carácter plenamente autónomo, perpetuo (en principio), elástico y en parte, de contenido discriminable", ³⁹ en cuyo caso estaremos ante el derecho real típico, el derecho de propiedad, o sea, por el contrario, un poder parcial porque no confiere a su titular sino facultades limitadas, en cuyo caso estaremos frente a los llamados derechos reales limitativos del dominio.

Cuando se dice del dominio que confiere un poder general y pleno, se hace referencia implícita a las facultades que tradicionalmente se han reconocido como inherentes a dicho derecho, mismas que Castán ⁴⁰ ha clasificado de la siguiente manera:

- 1o. Facultades de libre aprovechamiento
- 2o. Facultades de libre disposición
- 3o. Facultades de exclusión

Entre las facultades de libre aprovechamiento, que hace consistir en aquellas que tiene el propietario de utilizar directamente la cosa para la satisfacción de sus necesidades, ubica las de usar (utilizar la cosa misma), de disfrutar (percibir los frutos de una cosa) y de consumir, cuando la cosa es de naturaleza consumible.

³⁹
⁴⁰

Roca, citado por Castán, Op. Cit. Vol. I, págs. 108 y 109.
Castán, Op. Cit. Vol. I, págs. 123 y siguientes.

Refiriéndose a las segundas, afirma el autor mencionado que la facultad de disponer se identifica con la de enajenar, entendida ésta en su sentido amplio, comprendiendo las de gravar, limitar, transformar y destruir; entendiendo por enajenar la facultad del propietario de transmitir su derecho a otra persona, por limitar o gravar la facultad, que da ocasión a los derechos reales limitativos del dominio, de desprenderse del ejercicio de una o varias de las facultades que integran el dominio, transfiriendo ese ejercicio a un tercero, por transformar la facultad de variar la naturaleza, forma o destino de la cosa y por destruir el poder de abandonar, inutilizar o aniquilar la cosa.

Por último, con relación a las facultades de exclusión, señala que son estas facultades complemento y garantía de las de aprovechamiento, en cuanto permiten al propietario impedir la intromisión o perturbación causada por personas extrañas, en el goce o utilización de la cosa.

Todo lo anterior lo hemos referido precisamente al derecho real por excelencia, o sea al derecho de propiedad. Cuando se alude, por el contrario, a ese poder parcial sobre la cosa que no confiere a su titular sino facultades limitadas, se hace referencia a los derechos reales que hemos denominado precisamente por su limitación, restringidos o limitativos del dominio, mismos que se han agrupado a la vez en las siguientes categorías: ⁴¹

⁴¹ Albaladejo, Instituciones de Derecho Civil, págs. 22 y siguientes.

- 1o. Derechos reales de goce, cuando el poder que otorgan es el de gozar o disfrutar, o, en general, de utilizar o aprovecharse de alguna manera de aquella.

- 2o. Derechos reales de garantía, cuando el poder que otorgan sobre la cosa ajena es el de hacer que si se incumple una obligación que se aseguró con aquel derecho, la cosa objeto de éste sea vendida, para hacerse cobro con su precio, de la obligación insatisfecha.

- 3o. Derechos reales de adquisición, cuando el poder que otorgan es el de que el titular haga suya (pagando su valor), si es enajenada por su dueño, la cosa ajena sobre que recae el derecho.

Como podemos advertir, los derechos reales de garantía tienen íntima relación con las facultades que señalamos como propias del dominio, y específicamente con esa facultad de "limitar o gravar" que posee el propietario, en tanto que se constituyen en ejercicio de la misma.

En este punto, considero oportuno abundar un poco más acerca del contenido de la susodicha facultad de limitar o gravar, con el propósito de determinar si puede diferenciarse válidamente de la facultad de "afec-

tar", que normalmente se ubica como comprendida en el término genérico de "gravar", o si se trata solamente de una forma más de designar un mismo contenido. Esta distinción nos será de gran utilidad para la disposición que estamos analizando, utiliza el verbo "afectar", para designar la acción del propietario del inmueble, dado en garantía de las responsabilidades contraídas para con la afianzadora.

Debemos entender por afectar, según concepto que nos proporciona el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, la acción de "obligar o hipotecar un inmueble en pago de una deuda".⁴² También se define dicho verbo en los siguientes términos: "Afectar.- Imponer gravamen a un bien, sujetándolo al cumplimiento de alguna carga".⁴³

Por su parte, el verbo gravar es conceptualizado de la siguiente manera: "Gravar.- Imponer un gravamen o carga sobre una persona o cosa".⁴⁴

Los anteriores significados jurídicos concuerdan con los que gramaticalmente tienen los vocablos indicados y pueden estimarse, sin lugar a dudas como sinónimos.

42 Escribche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Voz: Afectar, París, 1884.

43 Cabanillas G., Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Voz: Afectar.

44 Cabanillas G., Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Voz: Gravar.

Como tales los usan generalmente los autores, como cuando Roca alude a derechos emanados de cargas, "gravámenes" o "afecciones" de carácter real inmobiliario, o cuando Rojas Villegas indica que el aspecto activo de los derechos reales lo constituyen "el conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía", ⁴⁵ dando a entender que la afectación supone una disposición, al menos del valor económico de la cosa.

En estas condiciones podemos afirmar que afectar y gravar no son jurídicamente hablando, más que dos formas diferentes de designar un mismo contenido: la facultad del propietario de una cosa, inherente a su derecho de propiedad, de conceder a un tercero un poder sobre la misma, o como indicamos anteriormente, de desprenderse del ejercicio de una o varias de las facultades que integran el dominio.

Volviendo a los elementos constitutivos de la noción del derecho real, creo conveniente ampliar un poco más lo manifestado con relación al segundo de ellos, o sea a la llamada absolutividad de los derechos reales, por virtud de la cual se impone a todos un deber de respeto al poder directo e inmediato que tiene el titular de un derecho de esta naturaleza sobre un objeto corporal.

⁴⁵ Rojas Villegas, citado por Durroza, *Usas y Sucesiones*, pág. 67, México, 1957.

Sobre esta particularidad, la doctrina dominante está de acuerdo en señalar que ese deber general de respeto constituye el complemento indispensable del señorío o poder del sujeto sobre la cosa que le permite, con las limitaciones propias del caso, según el derecho real de que se trate, operar en forma directa e inmediata sobre ésta. Se trata como afirma Castán, de la garantía jurídica del contenido económico de los derechos reales. ⁴⁶

Esta segunda nota se ha justificado en función, por una parte del carácter absoluto de que están revestidos los derechos reales y por otra, en virtud de la estructura misma de toda norma jurídica, vínculo "entre los sujetos activo y pasivo, a través de un objeto determinado" ⁴⁷, estructura que se da tanto en los derechos reales como en los personales, como especies que son ambos de un mismo género, con la única salvedad de que, en el derecho real el sujeto pasivo es general e indeterminado y en el personal, por el contrario, concreto y determinado.

Como complemento indispensable de estas dos notas, los autores y especialmente la doctrina francesa, reconocen en los derechos reales dos caracteres normales de los mismos:

⁴⁶
⁴⁷

Castán, Op. Cit. Vol. I, Tomo II, pág. 22.
Francisco Hernández Rafael, lecciones de Filosofía del Derecho,
Editorial Jus, México, 1970, pág. 120.

- El llamado derecho de persecución, o sea aquel por virtud del cual el acreedor hace efectivo su derecho real, persiguiendo la cosa, objeto del mismo, "donde quiera que ella se encuentre o en manos de quien la detentare" ⁴⁸ y

- El derecho de preferencia, que aunque limitado a los derechos reales accesorios de un crédito "permite al titular excluir a todos aquellos que no tengan mas que un derecho de crédito y a todos los que no tengan mas que un derecho real posterior en fecha o clasificado en categoría inferior". ⁴⁹

El desenvolvimiento de estos dos derechos lo veremos más adelante, cuando nos refiramos a los derechos reales de garantía. Por ahora basta con indicar que, en el pensamiento de la generalidad de los autores, ambos derechos representan el punto culminante de la superioridad de los derechos reales sobre los personales, pues son "las formas mismas de su realidad, de su carácter de eficacia contra todos", ⁵⁰ que por lo demás no se dan normalmente en los derechos de crédito o personales.

⁴⁸ Lafaille Héctor, Derecho Civil, Tomo III, Tratado de los Derechos Reales, Vol. I, pág. 19, Buenos Aires, 1943.
⁴⁹ Planiol y Ripert, Op. Cit. Tomo III, pág. 52.
⁵⁰ Planiol y Ripert, Op. Cit., pág. 51.

Características de los derechos personales

Frente al poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa, que ha sido señalada como la primera característica de la noción del derecho personal, la de que supone una relación entre un sujeto activo y uno pasivo, cuyo objeto directo es una conducta de este último, que no un poder sobre una cosa, y que si tiene referencia a una cosa lo es sólo indirectamente, a través de los actos de un sujeto obligado.

Frente al deber de terceros de respetar ese poder del sujeto sobre la cosa, que le permite recabar por sí solo de ella las utilidades de que sean susceptibles, se ha opuesto, como característica de los derechos personales, la de que confiere a su titular la facultad de exigir, de la persona determinada del deudor, y sólo de él, el cumplimiento de alguna obligación de dar, hacer o no hacer.

Enunciada en otros términos esta última diferencia, se dice que el derecho real es oponible a terceros aunque sólo sea en forma negativa, dado que el titular sólo puede exigir de ellos una abstención mientras que el derecho personal es un principio inoponible a terceros, pues sólo del deudor puede el acreedor exigir el cumplimiento de la prestación debida.

Conviene recalcar nuevamente que esos caracteres atribuidos de ordinario a los derechos reales y a los personales son en cierto sentido caracteres comunes a todos los derechos y pueden por lo mismo, encontrarse indistintamente en ambos. Unicamente que son más sensibles según el caso, en unos u otros. Resulta pues legítimo distinguir las diferencias apuntadas, ya que nos permiten apreciar claramente el perfil de tales derechos, y definir, en función de ellas al derecho personal como la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa aunque hay que procurar no exagerarlas, pues como afirma Rigaud, tales diferencias "están en estrecha dependencia respecto de las nuevas necesidades de la práctica", ⁵¹ y por lo mismo el legislador podría llegar a incluirlas en el contenido de cualquiera de ellos.

Otras diferencias entre los derechos reales y los personales

El concepto que, con base en los elementos que hemos indicado, nos hemos formado de los derechos reales y de los personales es aún incompleto. Conviene por tanto ahondar un poco más en los demás criterios de distinción que se suelen señalar entre tales derechos, tomando en cuenta que muchos de estos criterios están íntimamente relacionados con los que ya dejamos establecidos.

10. Ante todo resulta claro que, como afirma Planiol "el derecho real

51 Rigaud, citado por Rogina Villegas en Derecho Civil Mexicano, Tomo III, pág. 58.

no pueda existir más que con ocasión de una cosa determinada",
52 en tanto que el derecho personal "la cosa objeto de la prestación debida por un deudor puede resultar determinada por su cantidad y por su naturaleza", aunque no necesariamente por su especie.

2o. En segundo lugar, en atención a las personas que intervienen en la relación jurídica, se dice que en el derecho real sólo interviene un sujeto activo individual y un sujeto pasivo generalmente colectivo e indeterminado, o por excepción determinado, pero en este supuesto variable, "porque cambia con la titularidad de la cosa", mientras que en el derecho de obligación figura un sujeto pasivo individualmente determinado. 53

3o. En razón de la distinta importancia que la voluntad y la Ley tienen en su ordenamiento se ha señalado, como distinción, la de que "los derechos de crédito pueden hacer bajo las formas más variadas y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad", mientras que, por el contrario, los derechos reales "toman su configuración de la Ley y obedecen en lo esencial al principio de orden público".
54

52 Planiol, Op. Cit. Tmo III, pág. 49.
53 Castán, Op. Cit. Vol. I pág. 26.
54 Castán, Op. Cit., pág. 20.

De este último criterio podemos derivar otras muchas diferencias, como son las que surgen de las diferentes formas de constitución de ambos derechos, de las distintas duración y causas de extinción de los mismos, de las diferentes acciones que pueden hacer valer los titulares de uno u otro derecho, de la diferente importancia que para unos y otros tiene el Registro Público de la Propiedad, etc.

Por su trascendencia para el desarrollo de la presente tesis, me interesa hacer especial hincapié en las dos últimas diferencias señaladas:

La primera de ellas, que ya encontramos formulada desde el origen de la distinción entre los derechos reales y los personales, es la que resulta de las diferentes acciones que, en su caso, pueden hacer valer ante el órgano jurisdiccional competente, el titular de un derecho real y el de un derecho personal. El primero tiene lo que se ha denominado una acción real persecutoria, que por virtud de la oponibilidad de la relación jurídica real, puede hacer valer contra todo aquel que tenga en su poder la cosa, siguiendo la terminología que emplea el artículo 3o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, que, en esta forma, reconoce este criterio de distinción.

El titular de un derecho personal, por el contrario, sólo puede deducir, -

para exigir su cumplimiento, una acción personal. (Art. 25 del Código de Procedimientos Civiles).

En el primer caso, como dice Alberto Vázquez del Mercado: "se puede obtener la cosa misma a que se refiere el derecho", ⁵⁵ se encuentre ésta en poder de quien fuere, por permitirle así la relación jurídica que se establece. No así el segundo, puesto que el objeto directo de la obligación es una prestación o acto de deudor.

Este criterio de distinción viene a señalar, de una manera práctica, la forma como se ejercita ese poder directo e inmediato sobre la cosa que constituye, como hemos visto, uno de los elementos indispensables del derecho real. Es pues evidente que si ese poder tiene un diverso contenido según el derecho real de que se trate, por el mismo motivo sea diferente el contenido de la acción que se deduzca. Esto lo advertiremos con mayor claridad cuando analicemos, en el capítulo siguiente, la forma como se manifiesta en los derechos reales de garantía, y en concreto en el derecho real de hipoteca, ese señorío o poder sobre la cosa.

Por lo que respecta al criterio de distinción derivado del acceso al Registro Público de la Propiedad de los derechos reales sobre bienes inmue

bles, frente al cierre registral de los derechos personales, debemos señalar que la constatación registral de los derechos reales es indispensable para que la mutación que producen llegue al conocimiento de todos los terceros obligados a respetar ese poder o señorío que en forma exclusiva confieren a su titular, y les sea por lo mismo oponible.

En este sentido se afirma que el Registro Público de la Propiedad, como órgano de publicidad apto para la cognoscibilidad legal de terceros, constituye modernamente un poderoso auxiliar para el derecho real, tan poderoso que los derechos de persecución y preferencia están en principio subordinados a la inscripción del derecho real.

Ciertamente este criterio, como los demás que hemos señalado, no es absoluto, pues aunque con carácter excepcional, la Ley permite el acceso registral de los derechos personales, lo que con ciertas limitaciones, viene a revestirlos de efectos reales, o lo que es igual a producir efectos con relación a terceros. Más no por ello puede afirmarse que tales derechos pasen a ser derechos reales. 56

56 Wieland, citado por Castán, Op. Cit., Vol. I, pág. 54.

Resumen

Por ahora podemos resumir lo que hemos expuesto, afirmando que los derechos reales se distinguen por dos elementos principales: poder o señorío directo del titular del derecho sobre una cosa y oponibilidad a terceros de dicho poder, del cual es poderoso auxiliar el Registro Público de la Propiedad; elementos a los que se oponen, como característicos de los personales, el poder de exigir una conducta de un sujeto determinado y la inoponibilidad a terceros de ese poder.

De estos dos criterios se derivan otros muchos, entre los que hemos destacado, por su importancia para el desarrollo de este trabajo, el que se refiere a la distinta importancia que la Ley tiene en su ordenamiento, y con íntima relación con este criterio, los que tienen fundamento en las diferentes acciones que, en su caso, pueden hacer valer el titular de un derecho real y el de un derecho personal, y precisamente en el acceso al Registro Público de la Propiedad de uno u otro derecho.

Sólo con estos elementos podemos ya advertir que existen en principio mucho más semejanzas de la afectación prevista en el Artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con los derechos reales que con los personales.

En efecto, se alude en el precepto mencionado a que la afectación que prevee, surte efectos contra terceros desde el momento de su anotación en el Registro Público de la Propiedad, lo que podríamos comparar con el deber de terceros característico de los derechos reales. En el artículo 100 habla de un derecho de perseguir los bienes afectados, aún cuando hubiesen pasado a tercero y se establece también una preferencia para los créditos de las instituciones de fianzas, lo que tiene también estrecha analogía con los derechos de persecución y preferencia que constituyen el contenido de los derechos reales.

A mayor abundamiento, ya vimos como dependiendo del contenido del poder sobre la cosa propia de los derechos reales, se ha distinguido entre el derecho real por excelencia, el derecho de propiedad, que presupone un poder general y pleno, y los derechos reales limitativos del dominio, entre los cuales hemos incluido los derechos reales de garantía, cuya constitución presupone en el propietario del objeto la facultad de enajenar, que a su vez comprende la de limitar o gravar, cuyo contenido es idéntico al del verbo afectar.

En este sentido no deja de ser significativo el empleo, por parte del legislador, del verbo afectar para designar el acto del propietario del inmueble que se ofrece a las afianzadoras como garantía.

Todas estas circunstancias que parecen confirmar la naturaleza real de la figura que estamos estudiando, nos obligan a analizar con mayor detalle la forma como se manifiesta en los derechos reales de garantía, y en concreto, en el derecho real para poder determinar, como es nuestro propósito, la naturaleza real o personal de la afectación en garantía prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. A este objeto nos dedicaremos en el capítulo siguiente.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

V.- DERECHOS REALES DE GARANTIA

INTRODUCCION

En el capítulo anterior señalamos ya los que podríamos denominar caracteres normales de los derechos reales, con algunas referencias a los que presentan los derechos personales. Sin embargo, como tales caracteres no son esenciales, sino simplemente propios de esa clase de derechos, desde el momento en que pueden encontrarse en cierto grado en los derechos de crédito ⁵⁷ es evidente que el solo hecho de que la afectación en garantía prevista en los artículo 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, llene alguno o varios de dichos caracteres, no constituye base suficiente para apoyar las conclusiones, con las que pretendo concluir este trabajo, pues pudiera ser que en el caso de la figura a cuyo análisis nos hemos abordado, estuviéramos precisamente en el supuesto de excepción de un derecho personal revestido de los caracteres normales de los derechos reales, pero al fin y al cabo un derecho personal.

En estas condiciones, estimo conveniente profundizar un poco más sobre los

57

Ver Luis Rigual, citado por Rafael Rogina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, págs. 54 y siguientes.

derechos reales de garantía, y en concreto acerca del derecho real de hipoteca, con el propósito de presentar la forma como se manifiestan, en este último derecho, esos caracteres normales de los derechos reales y como hemos repetido varias veces, determinar, en última instancia, cuál es la naturaleza de la afectación en garantía prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

GENERALIDADES DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

Aunque en principio todos los acreedores tienen iguales derechos sobre el patrimonio de su deudor (de conformidad con el artículo 2964 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que dice textualmente que "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables" hay ciertos acreedores que, por determinadas circunstancias se encuentran en una situación más favorecida que les permite escapar en una medida más o menos amplia, a la insolvencia del deudor. ⁵⁸

Una de esas circunstancias es precisamente la existencia a favor del acreedor de un derecho real de garantía, obteniendo en virtud de la afectación, por parte de su deudor, de determinados elementos de su patri-

monio sobre los cuales le confiere un poder cuyo contenido es, según lo indicamos en el capítulo anterior, y a reserva de ampliar este punto más adelante, el de hacer que si se incumple la obligación que se garantiza con aquel derecho, sea vendida la cosa objeto de éste.

Junto con esta característica de los derechos reales de garantía, los autores señalan otras, ⁵⁹ entre las que destacan las siguientes:

1. Son derechos que no constituyen una desmembración o fraccionamiento de la propiedad, sino un peso sobre la cosa.

Para comprender esta afirmación precisa, debemos tener en cuenta, como indica Roca que los bienes son susceptibles de proporcionar múltiples utilidades a su propietario cuyo goce tiene su máxima expresión jurídica en el dominio. "Una utilidad evidente es el aprovechar los frutos de la cosa, pero igualmente lo es el contar con el valor económico de la misma", ⁶⁰ lo que puede hacer el propietario de dos modos: por vía de desprendimiento o desmembración o por vía de limitación o vinculación. Los derechos reales de garantía, y especialmente la hipoteca, surgen del segundo modo.

⁵⁹ Valdeverde, citado por José Gutiérrez Tobías, Derecho Civil Español Común y Rural, Tomo II, Vol. II, pág. 330.

⁶⁰ Ramón Roca Sastre, Derecho Hipotecario Tomo IV, pág. 148, Barcelona, 1968.

2. Son derechos de carácter accesorio. Como tales suponen la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento garantizan y representan un medio autónomo para la satisfacción del acreedor, más concreto y enérgico que los que le proporciona la relación obligatoria garantizada.

CONCEPTO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Todas las notas anteriores son predicables lógicamente a la hipoteca. La idea básica de ésta es, sin embargo, "la de afección real de bienes al cumplimiento de una obligación"; ⁶¹ aunque cuando así se afirma se pone énfasis más bien en el carácter de carga o gravamen que la misma implica, que en el poder que confiere a su titular sobre una cosa determinada. Esa afectación, que es posible por virtud de esa facultad de limitar a gravar, que es inherente al derecho de propiedad, presupone, como requisito lógico indispensable, dos elementos que la doctrina en forma unánime señala: 1. Que la cosa pertenezca en propiedad al constituyente; y 2. Que tenga la libre disposición de sus bienes. ⁶² En este sentido afirma el legislador que, por virtud de la hipoteca "los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". (Art. 2894 Código Civil)

61 *Ibid.* Tomo IV, pág. 120.

62 José Castán Tobeñas, *Op. Cit.* pág. 332 Tomo II, Vol. II.

Pero la hipoteca como derecho real de garantía, tiene también, por decirlo así, un sentido positivo, activo, que recalca el poder sobre su constitución, poder que es ejercitable erga omnes, mediante diversas acciones que pueden dirigirse, en todo caso, contra los terceros adquirentes de los bienes hipotecados.

DEFINICIONES DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Las definiciones que de este derecho real de garantía se han dado, subrayan indistintamente uno o ambos de los aspectos indicados. Así, cuando Sánchez Román define la hipoteca como "el derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer, con el importe de la venta de éstos aquella obligación, cuando sea vencida y no pagada",⁶³ está recalcando el sentido que hemos denominado activo o positivo de la hipoteca. Empero, cuando Planiol y Ripert afirman que la hipoteca es una "garantía real que, sin desposeer al propietario del bien gravado, permite al acreedor embargarlo al vencimiento, hacerlo vender a pesar de que se halle en poder de tercero y cobrar con cargo al precio con preferencia a los demás acreedores. Consisten por tanto, esencialmente en la afectación con preferencia y sin desplazamiento, de un bien particular separado del conjunto del patrimonio de que forma parte, al cumplimiento de una deuda determinada",⁶⁴ studen por igual -

63 Sánchez Román, citado por Roca, Op. Cit. Tomo IV, pág. 121.

64 Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francia, Tomo XII, pág. 313, La Habera, 1966.

al sentido de carga o gravamen y al de poder sobre la cosa que la hipoteca implican.

CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Es, sin embargo, el contenido de la hipoteca el que presenta mayor interés para nosotros, para los efectos de la presente tesis.

Como derecho real que es, la hipoteca implica ciertamente un poder sobre una cosa. Pero en qué consiste dicho poder?

Sobre este punto la generalidad de los autores lo hacen consistir en el poder del acreedor de exigir eventualmente la realización del valor del bien hipotecado, mediante el ejercicio del derecho de persecución, para ser pagado sobre el valor realizado de dicho bien, con la preferencia correspondiente.

Esta opinión tiene apoyo lógicamente, en la función que, como derecho real de garantía, se atribuye a la hipoteca. Como afirma Roca "con la hipoteca se obtiene una utilidad de que gozaba su dueño por estar vinculado, destinado o adscrito el bien hipotecado a la satisfacción o pa

go de un crédito, con lo cual desempeña una función de seguridad o garantía, que es lo que persigue el acreedor con la hipoteca". 65

MEDIOS PARA HACER VALER LOS DERECHOS QUE CONFIERE EL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Ahora bien, sabemos que un derecho está garantizado por las acciones que la ley otorga a su titular para exigir su cumplimiento.

Recordemos incluso como al referirnos a las diferencias entre los derechos reales y los personales, mencionamos como criterio de distinción el relativo a la diferente importancia que tiene la ley en el ordenamiento de uno y otro derecho, y comprendido en éste, el que se apoya en las diferentes acciones que la ley otorga a los titulares de uno u otro derecho.

Cuáles son pues los medios que la ley confiere al titular de un derecho real de hipoteca para hacer efectivo su contenido?Cuál es el modo como puede el acreedor hacer efectivos sus derechos, en caso de incumplimiento del deudor? Cómo protege la Ley el derecho real de hipoteca?

65 Roca, Op. Cit. Tomo IV, pág. 148.

La respuesta a estas preguntas debe darse desde dos puntos de vista: doctrinal y positivo.

- a) Doctrinalmente el derecho de persecución se manifiesta en la facultad del acreedor de embargar, al vencimiento del crédito, el inmueble hipotecado, aunque éste se halle en poder de tercero.

Fuiera parecer curioso que tenga que emplear el acreedor el mismo procedimiento que emplearía si no hubiera hipoteca, o sea recurrir al embargo para llegar a la venta. Ello tiene, sin embargo, una explicación de carácter histórico, que nos relatan Planiol y Ripert: En el Derecho Romano "el objeto directo de la acción (hipotecaria) era la cesión, el abandono o despojeramiento del bien, y el pago de la deuda no era más que una simple facultad para el poseedor, un medio de escapar a la condena". "En el derecho moderno, el abandono ha dejado de ser el objeto directo y principal de la acción o persecución". Este resultado ha sido consecuencia de otro cambio: "el derecho de venta del acreedor ha sido regulado, y éste ya no vende amistosamente y a su antojo: su acción se concreta en una forma de embargo, y la venta es en subasta. Y este embargo, puede producirse sin que el poseedor abandone la posesión del bien, sin que se despojere. Por tanto, se ha quitado al acreedor el derecho a exigir el abandono, limitándose su derecho a embargar: así, el embargo trabado contra el tercer poseedor, es el que ha pasado a ser la verdadera forma del derecho de persecución". 66

En estas condiciones podemos afirmar que el embargo, al contrario de lo que normalmente se piensa, no es un instrumento exclusivo de los derechos personales, pues la ley lo pone también al servicio de los derechos reales.

Ciertamente cuando se embarga con base en un derecho personal se concretiza, en uno o varios bienes determinados, esa responsabilidad genérica que tiene todo deudor de responder con todos sus bienes del cumplimiento de sus obligaciones, lo que no sucede cuando se emplea dicha medida con base en un derecho real, pues éste ya presupone, como hemos visto, la afectación de un determinado elemento del patrimonio al cumplimiento de una obligación, más no por ello deja de ser un poderoso auxiliar del derecho real.

Por otra parte, por virtud del embargo queda restringido el derecho del deudor de usar y disfrutar personalmente del inmueble hipotecario, lo que no se obtuvo por el mero efecto de la constitución de la hipoteca.

Conviene recordar que, en principio, el propietario del bien hipotecado no pierde, por el hecho de hipotecarlo, los atributos que le otorga el derecho de propiedad, incluyendo por supuesto, su derecho de disposición del bien en cuestión.

En estas condiciones, mediante el embargo se asegura la indisponibilidad de los bienes hipotecados, necesaria para la verificación posterior de una serie de actos procesales que desembocarán en la realización de su valor a través de la venta de los mismos. Obtenido dicho valor, ejerce el acreedor el derecho de preferencia, con el propósito de cobrar con cargo al precio el importe de su crédito, en el orden que señala la ley.

La realidad de este procedimiento ha hecho afirmar a algunos autores que "la hipoteca no es otra cosa, históricamente considerada, que la concesión del derecho de enajenar conferida al acreedor por el propietario del bien",⁶⁷ o también que "la hipoteca es una prenda diferida"⁶⁸ ya que gracias al embargo, puede el acreedor que quiere obtener el pago de su crédito, apoderarse del bien hipotecado y hacerlo vender para hacerlo efectivo sobre su precio, con preferencia a otros acreedores.

b) Desde el punto de vista positivo, en el caso de incumplimiento de una obligación garantizada con hipoteca, puede el acreedor elegir indistintamente tres caminos para hacer efectivo su derecho, en los términos del artículo 462 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, que dice textualmente:

⁶⁷ Flanolo y Ripert, Op. Cit. Tomo XII, pág. 330.
⁶⁸ Iden. Tomo XII, pág. 5.

"Artículo 462.- Si el crédito que se cobra está garantizado con hipoteca, el acreedor podrá intentar el juicio hipotecario, el ejecutivo o el ordinario".

Ahora bien, dejando a un lado la vía ordinaria, que supone o una renuncia del acreedor a los beneficios que la hipotecaria y la ejecutiva le confieren o la falta de algún requisito de procedibilidad de cualquiera de esas otras vías, o la falta de forma debida en el título constitutivo correspondiente, si conviene señalar, sin interiorizarnos en las particularidades que cada una de las dos acciones presentan, algunas de sus características comunes:

1o. Ambas acciones se basan en un título que trae aparejada ejecución, como es la escritura pública en la que, por disposición legal, debe constar el otorgamiento de la hipoteca. En este sentido se ha afirmado que la acción hipotecaria es una acción ejecutiva y que el juicio hipotecario participa de la naturaleza del ejecutivo, en cuanto a la necesidad de un título que le sirva de base.

2o. Ambas acciones son en el caso reipersecutorias, pues a través de ellas hace efectivo el acreedor el derecho de persecución que la hipoteca le confiere, persiguiendo la cosa objeto de este derecho real

aunque se halla en poder de terceros. Así lo establece el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que hace a la acción hipotecaria, y el artículo 452 del propio ordenamiento, por lo que toca a la acción ejecutiva.

3o. Por último, cabe indicar que ambas originan, por diferentes medios, similares efectos: la limitación de las facultades del dueño de la cosa y el aseguramiento de ésta, para proceder a la realización de su valor, mediante el remate o venta judicial de la misma y la obtención de la preferencia correspondiente sobre el precio obtenido.

En efecto, a partir del emplazamiento en el juicio hipotecario, se hace pasar la posesión jurídica de la cosa al acreedor hipotecario, constituyéndose por ministerio de ley el poseedor demandado, en mero depositario de la cosa hipotecada y de los frutos que a partir de entonces produzca la misma cosa. (Arts. 481 y 482 del C.P.)⁶⁹.

En el juicio ejecutivo por virtud del embargo, que en este caso puede dirigirse contra terceros (452 C.P.), o se ve privado el demandado de la posesión de los bienes, si es que el embargante designa como depositario a un tercero, o en su defecto, si es en el deudor en quien recae tal desig

nación, quedará al igual que en el caso anterior, como mero depositario de los mismos.

En resumen; vemos cómo, a través del embargo, se manifiesta, se hace efectivo; también en derecho positivo, el derecho de persecución que tiene el acreedor sobre los bienes hipotecados.

El análisis anterior, acerca del contenido de los derechos reales de garantía, y en particular del derecho real de hipoteca, que sin duda es superficial, dada la finalidad con la que lo hemos emprendido, que no es otra que la de recabar elementos que nos permitan comparar estos derechos con la afectación en garantía prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y determinar su naturaleza, es sin embargo suficiente para tal efecto.

Resumen

Hemos ya advertido que los derechos de garantía tienen en la hipoteca una de sus más claras manifestaciones. Que este derecho real de garantía, como tal, no constituye una desmembración o fraccionamiento de la propiedad, sino un peso sobre la cosa; que es un derecho de carácter accesorio y que su idea básica es la de "afección real de inmuebles al cumplimiento de una obligación". Su contenido lo hemos ubicado preferentemente en la facultad del acreedor de exigir eventualmente la realización del valor del bien hipotecado, mediante el ejercicio del derecho de persecución se manifiesta, entre otras formas, en la facultad del acreedor de embargar el inmueble hipotecado al vencimiento del crédito, aunque se halle en poder de tercero y los efectos que este embargo trae consigo, sin perder de vista, tanto el derecho de persecución, como el derecho de preferencia, mismos que están subordinados en principio a la inscripción del título correspondiente en el Registro Público de la Propiedad. Cuento ya con material suficiente para poder determinar la naturaleza de la afectación en garantía de la Fianza de Empresa prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

VI.- LA AFECTACION EN GARANTIA DE LA FIANZA DE EMPRESA

Es el momento de acomodar todas las ideas que a lo largo de este trabajo han quedado expuestas, quizás en forma desordenada, con el propósito de sintetizarlas y extraer de ellas aquellos elementos que puedan ser útiles para el logro del fin propuesto: determinar si la afectación prevista en los artículos 31 y 100 de la ley en estudio, realmente confiere a las instituciones de fianzas un derecho real de garantía.

En el primer capítulo, quise ubicar el tema a tratar en la presente tesis y resaltar al mismo tiempo, su importancia práctica.

En el capítulo segundo, determinamos los elementos esenciales de la relación jurídica de obligación, para dilucidar como es que existen sujetos facultados y sujetos obligados y el vínculo que los une para que el uno pueda exigir del otro la prestación de cierta conducta u objeto, y éste deba de cumplir, ya que si no lo hace el derechohabiente puede poner en funcionamiento el poder judicial estatal para que éste, una vez cumplidos todos los requisitos, compela al obligado a cumplir, incluso por medio de la fuerza.

De esta manera, el Derecho a través de la relación jurídica de obligación ha implementado el mundo de los acreedores y de los deudores, el cual gira en torno de los patrimonios que éstos y aquéllos poseen.

En efecto, la relación de obligación tiene siempre un contenido patrimonial, que es el que está en juego, por ello hicimos notar la necesidad de las garantías para proteger a los acreedores de la probable insolvencia de los deudores.

Garantías que el derecho ha venido a estructurar en diferentes maneras, sobre todo bajo la técnica del contrato, para que los deudores tengan diversas maneras de proporcionar a sus acreedores seguridad para el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, el acreedor queda protegido de que de una u otra forma obtendrá lo que le es debido.

También mencionamos que en materia comercial el ser deudor se convierte en un negocio necesario para las actividades mercantiles y fructífero para quien lo ejerce, a tal grado que el Estado interviene para concederlo sólo a ciertas personas. De esta manera se crean las Instituciones de Fianzas y su negocio: La fianza de empresa. Negocio que ha sido legislado especialmente por medio de la Ley de Instituciones de Fianzas que le atribuye características propias para su organización y funcionamiento.

De esta manera, las afianzadoras prestan el negocio de garantizar a un tercero la obligación que tiene el deudor de éste, quien contrata ese servicio con la empresa. Sin embargo, las compañías de fianzas deben tener garantizada la recuperación de lo que en un momento dado tendrán que pagar por un fiado. Recuperación que se asegura por medio de las contragarantías, que son las garantías para las afianzadoras. Una de ellas es la contenida en los artículos 31 y 100 de la Ley que se comenta, cuya naturaleza jurídica en este capítulo se determina, según mi punto de vista.

Fue así como advertimos en el capítulo tercero, como las empresas afianzadoras están sujetas, en el desarrollo de su actividad, a una serie de reglas de carácter técnico, establecidas en la ley de la materia, que las obligan, tanto a reservar una gran parte de sus recursos, de los que no pueden hacer uso sino en circunstancias muy especiales, con la finalidad de que adquieran solidez económica y esten en aptitud de hacer frente a sus obligaciones, como a no otorgar fianzas sino "cuando tengan suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de fisoras". 70

Vimos también como entre esas reglas de carácter técnico ocupan un lugar preponderante aquellas que obligan a las compañías a recabar garantías de recuperación al expedir sus pólizas, tanto que el propio legislador ha --

afirmado expresamente que la existencia regular de garantías de recuperación es a tal punto importante que "es el factor primordial para que la presunción de solvencia que la ley otorga a estas empresas sea una realidad práctica." 71

Y mencionamos que, tomando en consideración esa gran importancia que quiso el legislador conferir a las garantías de recuperación como parte de la técnica de operación de las empresas mencionadas, buscó establecer una forma, como fue la que quedó plasmada en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que permitiera que se les garantizaran de una manera eficaz y práctica y dentro por supuesto del marco de legalidad, el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con ellas, derivadas del otorgamiento de fianzas.

Se buscó una forma eficaz que pudiera satisfacer esas necesidades de seguridad (la seguridad de poder recuperar las cantidades que como fiadoras llegasen a cubrir), que por imperativo legal requerían las afianzadoras, y práctica, en tanto que no significara, ni económica ni jurídicamente, grandes problemas para su constitución.

Esa eficacia, desde luego, no la tenía la figura prevista en el artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, que como indicamos, per-

mita que se pusiera al margen de la inscripción correspondiente al bien con el que el contrafiador hubiera acreditado su solvencia, una nota relativa al otorgamiento de la fianza, cuyo efecto era el de que si se enajenaban o gravaban los bienes cuyas inscripciones de propiedad estuviesen anotadas y de dichas operaciones resultaba la insolvencia del fiador, aquéllas se presumirían fraudulentas.

En estas condiciones resulta fácilmente comprensible que si dicha figura no satisfacía esa necesidad de seguridad que la técnica de operación de las fianzadoras requería (aunque la sola existencia de la nota marginal pudiera actuar al menos psicológicamente como un gravamen), los autores de la ley quisieran establecer otra que si permitiera que esos bienes con los que anteriormente el contrafiador acreditaba su solvencia, pudieran ser afectados en garantía del cumplimiento de sus obligaciones contraídas para con dichas empresas y que esa afectación confiriera a las instituciones un derecho real de garantía.

Ese fué el pensamiento de los autores de la ley, como lo advertimos en el mismo capítulo tercero. Pero concordaba con la voluntad del legislador en la ley?

Puede afirmarse que, independientemente de la voluntad de sus autores, la afectación prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley realmente confiere a las instituciones un derecho real de garantía?

Recabar elementos para poder dar solución a estas preguntas fue nuestra preocupación en los capítulos cuarto y quinto. Fue por ello que analizamos, en el capítulo cuarto cuáles eran las características de los derechos reales y cuáles las de los personales, y con ese mismo propósito nos interiorizamos en el capítulo quinto, en la investigación del contenido de los derechos reales de garantía y específicamente en el contenido del derecho real de hipoteca.

Ahora bien, cuáles de esos elementos nos sirven para el logro de nuestro fin?

Hay datos que, aunque significativos, no nos pueden servir de apoyo a nuestras conclusiones:

Así, aunque indicamos en el capítulo cuarto que uno de los criterios de distinción entre los derechos reales y los personales es el que se funda en el acceso al Registro Público de la Propiedad de los primeros frente al

cierre registral de los segundos, y desde ese punto de vista pudiera pensarse que si la afectación en garantía que venimos comentando tiene acceso al Registro, es porque tiene naturaleza real, no podemos darle un valor definitivo a este elemento, puesto que si bien con carácter excepcional, hay derechos personales que también se inscriben y pudiéramos estar ante un caso de excepción y no ante la regla general.

Si pues hay derechos personales que acuden al Registro, pero este acto no altera la naturaleza del derecho que se inscribe, de lo que es evidente que no podemos dar a este elemento un valor determinante.

Tampoco constituye argumento contundente, aunque ya no para afirmar su naturaleza de derecho real sino más bien para negarla, la circunstancia de que las instituciones tengan que acudir al embargo para hacer efectivo el derecho que les confiere la afectación a que aluden los artículos 31 y 100 de la ley, pues el embargo, como concluimos en el capítulo quinto, es un instrumento que la ley ha puesto también al servicio de los derechos reales.

No todos, sin embargo, son elementos inciertos, pues disponemos de varios que sí nos ofrecen una base firme para cimentar en ellos la afirmación que representa la conclusión fundamental de este trabajo:

Por virtud de la afectación prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se confiere a dichas instituciones, tal como lo desearon los autores de la ley, un derecho real de garantía similar a la hipoteca, dado que su contenido y efectos son substancialmente los mismos.

Y se le confiere, a mi entender, un derecho de esa naturaleza por las siguientes razones:

Ante todo porque cuando una persona afecta un bien inmueble que le pertenece, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones para con las instituciones de fianzas, en los términos de los preceptos invocados, lo hace en uso de las facultades inherentes a su derecho de propiedad, mismas que, como pudimos advertir en el capítulo IV, le permiten ejercitar diversos poderes sobre la cosa, objeto de su derecho, incluyendo el de desprenderse del ejercicio de una o varias de esas facultades que integran el dominio y transferir su ejercicio a un tercero.

Cuando así actúa el propietario de un objeto, se dice, que lo está gravando o afectando, lo que repetimos es perfectamente válido, pues su derecho de propiedad lo faculta a obtener en forma exclusiva de los bienes, una utilidad y una utilidad evidente lo es el, "contar con el va

lor económico de la cosa", ⁷² lo que obtiene el propietario al constituir un derecho real de garantía sobre el bien de su propiedad.

El significado jurídico del verbo afectar, que utiliza la ley para designar la acción del propietario del inmueble que se ofrece en garantía a las Instituciones, en los términos de las disposiciones de la ley de fianzas tantas veces citada, es un elemento que nos reafirma en la opinión que venimos sustentando, dado que afectar y gravar no son verbos que aludan a acciones diversas. Son, como lo indicamos en el capítulo IV, vocablos que deben estimarse como sinónimos, en tanto que son dos formas diferentes de designar un mismo contenido: el de imponer una carga a un bien, sujetándolo al cumplimiento de alguna obligación.

Confiere pues a las instituciones un poder o señorío sobre una cosa, aquel que legalmente puede hacerlo; un poder que está implícito en el poder pleno, el más amplio posible sobre una cosa corporal, que supone el derecho de propiedad; un poder que teniendo absoluto apego a una ley especial de carácter mercantil, como es la ley federal de Instituciones de Fianzas, se ajusta, a nuestro juicio, al que hemos descrito como contenido del derecho real de hipoteca, en tanto que confiere a las afianzadoras el derecho de persecución y el derecho de preferencia.

Estas últimas afirmaciones requieren sin duda mayor explicación:

Hemos señalado como características fundamentales de los derechos reales, las que Roca denomina "inmediatividad", o sea el poder o señorío directo e inmediato del sujeto sobre la cosa, que le permite recabar por sí solo de ella las utilidades de que sea susceptible; y "absolutividad", o sea el deber que tienen los terceros de no invadir esa relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa.

Ya advertimos también que ese poder directo sobre la cosa se ejercita a través del llamado derecho de persecución, que definimos en su oportunidad como aquel por virtud del cual el acreedor hace efectivo su derecho real, persiguiendo la cosa objeto del mismo "donde quiera que ella se encuentre y en manos de quien la detentare". 73

Es lógico suponer, como sucede, que el derecho de persecución se manifieste en forma diferente según del derecho real de que se trate, como diverso es también el contenido del poder sobre la cosa que las diversas clases de derechos reales otorgan a sus titulares.

Al referirnos en el capítulo V al derecho real de hipoteca, que conceptuamos, acentuando su carácter de carga o gravamen como una "afec-

73 Ver Supra, pág. 70.

ción real de bienes al cumplimiento de una obligación", ⁷⁴ o desde un punto de vista positivo como "un derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles que permanecen en la posesión de su dueño", ⁷⁵ hicimos consistir su contenido en el poder del acreedor de exigir eventualmente la realización del valor del bien hipotecado, mediante el ejercicio del derecho de persecución, para ser pagado sobre el valor realizado del bien hipotecado, con la preferencia correspondiente y concluimos que en el derecho real de hipoteca el derecho de persecución se manifiesta en la facultad del acreedor de embargar, al vencimiento del crédito el inmueble hipotecado, aunque éste se halle en poder de tercero.

Ahora bien, la sola comparación de las características antes descritas, con las que presenta la figura prevista en los artículos 31 y 100 de la Ley, nos permite advertir que existen marcadas analogías entre ambas figuras.

En efecto, afirmar, como lo hace el legislador en las disposiciones que venimos comentando, que las instituciones "podrán embargar bienes que hubiesen sido asentados registralmente, aun cuando ... hubiesen pasado a terceros por cualquier título", que "los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento" que "la afectación en garantía sur-

74 Ver Supra, pág. 83.
75 Ver Supra, pág. 84.

tirá efectos contra tercero desde el momento de su asiento en el Registro Público de la Propiedad" y que "los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los de los acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento del asiento registral", es admitir que tal afectación confiere a las empresas afianzadoras un derecho real de garantía, similar al derecho real de hipoteca, sobre los bienes inmuebles afectados.

Como ya hemos indicado, el hecho de que tengan las instituciones que embargar para hacer efectivo su derecho, no prejuzga sobre la naturaleza real o personal del derecho correspondiente. Lo que sí es significativo es el hecho de que dicho embargo pueda dirigirse contra los bienes "que hubiesen sido asentados registralmente", aun cuando hubiesen pasado a tercero por cualquier título, pues el embargo trabado contra el tercer poseedor es, como afirman Planiol y Ripert "la verdadera forma del derecho de persecución", ⁷⁶ de un derecho de persecución que se manifiesta en igual forma en el derecho real de hipoteca.

El que surta efectos contra tercero desde el momento de su asiento en el Registro Público de la Propiedad, es también consecuencia de su carácter real, pues una garantía real no cumpliría su finalidad si no surtiera efectos contra todos, representa por una parte la atribución legal de esa nota de "absolutividad", que como derecho real le es predicable; por últi

mo, la preferencia que en el artículo 100 se establece en favor de los créditos de las instituciones de fianzas, incluso frente a los créditos de los acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento del asiento registral, constituye un argumento más a favor de la opinión que venimos sosteniendo.

Es verdad que, como afirma Roca, el derecho de preferencia no es en estricto rigor una manifestación de la realidad de los derechos reales, sino más bien una cualidad que confiere la ley tomando en cuenta la índole del crédito en sí o la necesidad de que ciertas figuras tengan plena efectividad, como es el caso de la prenda y la hipoteca.⁷⁷ Sin embargo, el lógico suponer que si la ley ha conferido esa cualidad a los créditos de las instituciones, garantizados con un inmueble previamente afectado en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas para con ellas, es porque ha tenido presente la necesidad práctica de que la figura prevista en tales artículos tenga plena efectividad funcional.

Son pues varias las razones que respaldan la afirmación que hemos hecho. No hemos perdido de vista que "los derechos reales están fijados limitativamente en la ley", pero como afirma Vázquez del Mercado, "esto no quiere decir que la ley no pueda crear otros derechos reales además de los conocidos. Estos derechos reales de nueva creación podrán -

77 Ramón Roca Sastre, Op. Cit. Tomo IV, pág. 162.

ser nominados, si la ley al crearlos les da al mismo tiempo una denominación; y serán innominados, si no se cuida de darles un nombre".⁷⁸

La afectación en garantía que estamos comentando es, a nuestro modo de ver, uno de estos últimos. Quizá no le sean aplicables en su integridad las normas que regulan el derecho real de hipoteca, más eso no arguye nada en contra de su carácter de real.

Si desglosamos el artículo 31 y su complementario al artículo 100, tendremos lo siguiente:

- 1o. En cuanto a los sujetos que pueden otorgar la contragarantía son el propio fiado, su obligado solidario o el contrafiador, que resultan ser sujetos pasivos o deudores.
- 2o. Esos sujetos tienen un derecho potestativo, ya que "podrán" afectar en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las afianzadoras, un inmueble de su propiedad.

⁷⁸ Alberto Vázquez del Mercado, Citalo por Roxina Villegas. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, págs. 78-81.

- 3o. El sujeto activo o acreedor, es única y exclusivamente la institución de fianzas.

- 4o. El objeto de la afectación en garantía sólo pueden ser bienes inmuebles específicamente determinados.

- 5o. El bien inmueble debe ser propiedad del sujeto pasivo contragarante y debe estar inscrito a su nombre en el Registro Público.

- 6o. En cuanto a la forma del acto en que se otorga la garantía debe ser por escrito y en forma expresa, ratificando el documento ante juez, notario, corredor público o la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para cerciorarse de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, y para que el documento sea auténtico para efecto del registro.

- 7o. El documento formal de la afectación del inmueble en garantía para la institución de fianzas, se asentará en el Registro Público de la Propiedad del inmueble a petición de las instituciones.

80. Los efectos del asiento registral consisten en que una vez embargado el inmueble de manos de cualquier poseedor, se retrotraen a la fecha del primer asiento, y la afectación en garantía surte efectos contra terceros desde el momento de ese asiento; lo cual a su vez acarrea que el crédito de la afianzadora tenga preferencia de pago con el valor del inmueble sobre cualquier acreedor hipotecario o embargante posteriores al primer asiento registral.

90. En cuanto al término "afectar", en derecho siempre se ha entendido como sujetar un bien a una finalidad específica. De él se deriva la palabra afectación, que viene del latín affectatio que significa imponer gravamen u obligación sobre una cosa, sujetándola al dueño a la efectividad de derecho ajeno... "se puede considerar como un gravamen o carga impuesta sobre un inmueble o sobre un caudal en garantía del cumplimiento de una obligación".⁷⁹

En forma congruente interpretamos el sentido de la palabra gravamen que por costumbre ampliamente aceptada, se utiliza para determinar genéricamente los derechos reales inscritos sobre un inmueble en el registro público, es decir las cargas que pesan sobre éste, limitando el dominio del propietario a favor de otra persona u otras.

79

Serrano Hernández Victorino, Análisis y Régimen de la Afectación en Garantía, En Revista Mexicana de Plazas, Número 16. Edit. Magazine, México, D.F., pág. 169.

10o. Por último, si el artículo ordena autenticar el documento en que se consigna la afectación del inmueble, es para efecto de que pueda registrarse y ese registro es para que produzca efectos contra tercero. Entonces debe entenderse que al hablar de asiento en el registro, significa inscripción en la parte del folio correspondiente a los derechos reales. Inscripción que fundamenta que el embargo incluso pueda efectuarse contra tercer adquirente de buena fe.

Por lo tanto de la integración de estos dos preceptos podemos concluir:

Que el artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, consagra una forma de contragarantía especial para las instituciones de fianzas, que sólo pueden otorgar el fiado, su obligado solidario o su contrafiador y que consiste en la afectación de un inmueble determinado a favor de la afianzadora, acto que se formaliza en un documento auténtico, para efectos de que se le pueda otorgar la publicidad necesaria inscribiéndolo en el registro público de la propiedad, lo que concede a la institución los derechos de persecución contra cualquier persona y de preferencia para el pago, por lo que su naturaleza jurídica es la de una garantía real, pues concede como garantía a la institución acreedora la titularidad de un derecho real sobre el inmueble afectado con todas las consecuencias legales que han quedado expuestas.

VII.- CONCLUSIONES

PRIMERA: No hay en nuestro derecho disposición alguna que regule la creación de derechos reales, sin embargo la lógica jurídica nos enseña que su fuente solamente puede ser la ley. Esta garantía fue creada por la ley.

SEGUNDA: Por virtud de la afectación prevista en los artículos 31 y 100 de la ley en estudio, se confiere a las Instituciones de Fianzas, tal como lo desearon los autores de la ley, un derecho real de garantía similar a la hipoteca, dado que su contenido y efectos son substancialmente los mismos.

TERCERA: La garantía que establece el artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es una contragarantía para las Afianzadoras, de naturaleza real, que afecta a un inmueble determinado al pago de las cantidades que la empresa erogare por el fiado; y que le otorga los derechos de persecución y de preferencia para el pago.

CUARTA: La inscripción de esta garantía en el Registro Público de la Propiedad, debe ser en la parte relativa a los derechos reales correspondientes al folio del inmueble afectado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad, y debe surtir efectos contra tercero desde el momento de la inscripción. Efectos de derecho real de garantía.

QUINTA: No se debe tratar a esta garantía como simple comprobación de solvencia, pues es algo que no dice el precepto que la regula ni ningún otro. Además por el principio de interpretación topográfica de las leyes el artículo 31 se encuentra colocado con las demás garantías que regula la Ley de Fianzas en forma sistemática.

SEXTA: El hecho de que esta garantía no se encuentre enumerada en el artículo 24 de la Ley, no significa que no sea contragarantía. A lo más, interpretando ese artículo en sentido contrario, podemos obtener que la garantía del artículo 31 no se puede utilizar para fianzas que rebasen el margen de operaciones de la empresa. Si esto es así, dicha contragarantía es el medio flexible y libre de requisitos a que alude la exposición de motivos para garantizar la recupe-

ración a las afianzadoras, basado en el principio de que y que mejor que lo sea una regulada por su propia legislación si la responsabilidad asumida no excede del margen legal de operaciones, la empresa puede libremente determinar sus garantías especiales.

SEPTIMA: La "ratio legis" de esta garantía se fundamenta en que las legislaciones mercantiles, financieras, administrativas y fiscales, deben de estar en continuo desarrollo y el legislador debe adecuarlas a las situaciones que esos medios requieren, buscando la seguridad jurídica que necesita la convivencia social.

La prueba está en que siendo la hipoteca en nuestro derecho esencialmente civil, el legislador ha tenido que permitir y regular la hipoteca mercantil de las aeronaves, de las embarcaciones y de la unidad de la empresa industrial, agrícola y ganadera.

Por estas razones el artículo 31 resulta conveniente, tanto para la empresa fiadora como para el público que solicita su servicio, ya que en nada entorpece el funcionamiento de ese servicio, por el contrario lo agiliza con resultados positivos en la práctica.

VIII.- BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, MANUEL

Instituciones de Derecho Civil, T. II. Derecho de Cosas
Barcelona, 1964

BECERRA BAUTISTA, JOSE

El Proceso Civil en México, 3a. Edición
México, 1970

BORJA SORIANO, MANUEL

El Nuevo Reglamento del Registro Público
(Publicado en el No. 25 de Jus, Revista de Derecho
y Ciencias Sociales)
México, 1940

BURGOA, IGNACIO LIC.

"La anotación marginal de las fianzas y contrafianzas en la inscripción pública del inmueble con que el fiado o el contrafiador hayan demostrado a las Compañías Afianzadoras su solvencia económica. Ponencia tendiente a obtener la reforma o adición del artículo 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas".

Memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas
México, 1946

CABANELLA, G.

Diccionario de Derecho Usual, TT. I y II. 6a. Edición
Buenos Aires, 1968

CARRAL Y DE TERESA, LUIS

Derecho Notarial y Derecho Registral, 2a. Edición
México, 1970

CASTAN TOBEÑAS, JOSE

Derecho Civil Español Común y Foral, T. II: Derecho de Cosas
Décima Edición. Madrid, 1971

CASTELLO, JOSE

Los Modos de Adquirir el Dominio y los Derechos Reales
y el Registro de la Propiedad Inmueble.

(Publicado en el No. 97 de Jus, Revista de Derecho
y Ciencias Sociales)

México, Agosto, 1946

HAZEAUD, HENRI, LEON, JEAN

Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera, Vol. I

Buenos Aires, 1959

OBREGON PADILLA, ANTONIO

Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa. Tesis

México, D.F., 1957

PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE

Tratado Practico de Derecho Civil Francés, TT. III, XII y XIII

La Habana, 1966

PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL

Lecciones de Filosofia del Derecho. Editorial Jus

México, D.F., 1970

RODA SASTRE, RAMON M.

Derecho Hipotecario. (Obra en 4 Tomos)

6a. Edición. Barcelona, 1968

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

Derecho Civil Mexicano. T. III

Bienes, Derechos Reales y Posesión. 2a. Edición

México, 1949

RUGGIERO, ROBERTO DE

Instituciones de Derecho Civil, Vol. I

Madrid

RUIZ RUEDA, LUIS

El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto

de Código de Comercio. 1a. Edición

México, 1960

SANCHEZ MEDAL, RAMON

Apuntes de Derecho Civil, 3er. Curso

Edición Mimeográfica. México, 1972

SERRANO HERNANDEZ, VICTORINO

Análisis y Régimen de la Afectación en Garantía en Revista
Mexicana de Fianzas, Número 16, Edit. Magazine
México, D.F., Pág. 169

TELLEZ ORTEGA, JUAN

Valor Jurídico de las Inscripciones del
Registro Público de la Propiedad. Tesis
México, D.F., 1953

CERVANTES ALTAMIRANO, EPREN

Fianza de Empresa. Tesis
México, D.F., 1950

ESCRICHE, JOAQUIN

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia
Paris, 1884

FERNANDEZ DEL CASTILLO, GERMAN

Derechos del Tercer Adquiriente de Buena Fe de un Inmueble Inscrito
(Publicado en el No. 97 de Jus, Revista de Derechos y Ciencias Sociales)
México, 1946

FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO
El Derecho Privado Romano, 3a. Edición
México, 1968

IBARROLA, ANTONIO DE
Cosas y Sucesiones
México, 1957

JOSSERAND, LOUIS
Derecho Civil, T.I, Vol. III. La Propiedad y los Otros
Derechos Reales y Principales
Buenos Aires, 1950

LAFAILLE, HECTOR
Derecho Civil, T. II. Tratado de los Derechos
Reales, Vol. I.
Buenos Aires, 1943

LANDERRECHE OBREGON, JUAN
Sobre las Modalidades de la Propiedad Privada (Publicado en el
No. 25 de Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales)
México, 1940.

LATAPI, RAUL

Operación de la Fianza (Publicado en el No. 8 de la
Revista Mexicana de Fianzas. Septiembre de 1972)
México, D.F., 1972

LAURENT, F.

Principios de Derecho Civil, T. VI.
Puebla, 1912

MARTINEZ GONZALEZ, HILDA CECILIA

Fuente de la Obligación del Fiador en la Fianza de Empresa. Tesis
México, D.F., 1963

MOHENO AGUILAR, MANRIQUE

Tesis, Naturaleza Jurídica de la Contragarantía del Art. 31
de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Revista Mexicana de
Fianzas No. 18
México, 1985, Pag. 189

Diccionario de Derecho Privado, TT. I y II

Editorial Labor, S.A.

Barcelona, 1967

Enciclopedia Jurídica Omba, T. IX

Buenos Aires, 1958

Memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas

México, 1949

Revista Mexicana de Fianzas, Publicaciones Periódicas

(Números 1 al 8 y 16 inclusive)

México, D.F.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

y Territorios Federales

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Legislación sobre Fianzas. (Editada por la Dirección de
Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público)
México, 1958

Reglamento del Registro Público de la Propiedad