

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS DE DIVERSOS ASPECTOS JURIDICOS DE
LA FIANZA DE EMPRESA**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

ADAN RODRIGUEZ ALAMILLA

México, D. F.

1972

1127



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Antonio Rodríguez García
Piedad Alamilla de Rodríguez

Con todo mi cariño, como muestra de que sus consejos no -- han sido en vano.

A MIS HERMANOS:

Con la esperanza de que se forjen un gran futuro.

A MIS MAESTROS:

**Quienes hicieron posible mi
formación profesional**

A MIS AMIGOS:

**Fuente de amistad y de -
concordia. Fieles conseje
ros de mi vida.**

Al Maestro, Lic. Luis Fco. Vargas
Briseño con profundo agradecimien
to, quien me brindó todo su apoyo
para la elaboración de esta Tesis.

Al Maestro, Lic. Efrén Cervan-
tes Altamirano con aprecio, --
por la paciencia que tuvo siem
pre conmigo en las consultas --
que le hice y por su gran cono
cimiento sobre la fianza de em
presa.

Al Maestro, Lic. José Montesano Carbonell
con admiración y respeto, a quien debo --
gratitud y cariño.

Al Señor, Lic. Humberto Hassey
Cadena, por su fina amistad --
que me ha brindado.

A LOS MAESTROS:

Lic. José Dávalos Morales

y

Lic. Alfredo Zetina Malagón.

A mis compañeros, de manera especial:

LIC. ALFREDO DOMINGUEZ DOMINGUEZ

LIC. HECTOR MACIAS BARCENAS

LIC. HUMBERTO HASSEY PEREZCANO

LIC. JOSE CARLOS MENDOZA ZEPEDA

LIC. JOSE MONTESANO RODRIGUEZ

LIC. LUIS DURAN SUAREZ

LIC. MIGUEL HERNANDEZ VELASCO

LIC. NEMESIO GARCIA NARANJO ALVAREZ

LIC. OVIEL CAMARGO HERNANDEZ

LIC. RENE OLACE MIRANDA

INDICE

Pág.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA

- | | |
|---|----|
| a) La Fianza en el Derecho Romano | 1 |
| b) Evolución Histórica de la Fianza en México | 14 |

CAPITULO II

EL CONTRATO DE FIANZA CIVIL

- | | |
|--|----|
| a) La Fianza Civil, su Definición | 30 |
| b) Caracteres Jurídicos de la Fianza Civil | 32 |
| c) Elementos de la Fianza Civil | 35 |
| d) Extinción de la Fianza Civil | 38 |

CAPITULO III

LA FIANZA MERCANTIL Y LA FIANZA DE EMPRESA

- | | |
|--|----|
| a) La Fianza Mercantil y su Regulación en el Derecho Mexicano | 41 |
| b) El Contrato de Fianza de Empresa, su Denominación y su Definición | 52 |
| c) Elementos Esenciales del Contrato de Fianza de Empresa | 59 |
| d) De los Elementos Específicos de la Fianza de Empresa | 62 |
| e) Caracteres Jurídicos del Contrato de Fianza de Empresa | 64 |

CAPITULO IV

¿EXISTE LA SOLIDARIDAD FIADORA DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS?

- | | |
|------------------------------------|----|
| a) La Solidaridad en Derecho Civil | 67 |
|------------------------------------|----|

b)	Razones y Consideraciones por las cuales no hay Solidaridad Fiadora de las Instituciones de Fianzas	70
c)	Algunas Diferencias entre la Solidaridad y la Fianza de Empresa	72

CAPITULO V

EL REAFIANZAMIENTO Y EL COAFIANZAMIENTO EN MEXICO

a)	La Reglamentación del Reafianzamiento y del Coafianzamiento en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950	75
b)	Del Contrato de Reafianzamiento	76
c)	Definición del Contrato de Reafianzamiento	80
d)	El Coafianzamiento de las Instituciones de Fianzas en México	86

CAPITULO VI

EL CONTRATO DE SEGURO Y LA FIANZA DE EMPRESA

a)	Definición del Contrato de Seguro y su Clasificación	89
b)	Elementos Esenciales del Contrato de Seguro	93
c)	Diferencias y Semejanzas entre el Contrato de Seguro y el Contrato de Fianza de Empresa	97

CONCLUSIONES	101
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	106
--------------	-----

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA

a) LA FIANZA EN EL DERECHO ROMANO.

Ha sido nuestra intención al elaborar el presente trabajo, hacer una breve exposición de la aparición histórica de la fianza, encontrándonos que es propiamente en Roma donde aparece ya con un cariz de figura jurídica, por lo que son los romanos los que desde esos tiempos empezaron a manejar esta figura. Así tenemos que en el Derecho Romano aparece la fianza dentro del sistema de garantías personales, según lo señala J. Declareuil en su obra "Roma y la Organización del Derecho", traducida al español por el Lic. José López Pérez y de cuya obra señalamos a continuación lo siguiente: (1).

"II.- LAS GARANTIAS PERSONALES.

1o.- LAS GARANTIAS PERSONALES: SU ANTIGUEDAD. El sistema de garantías que servían para apoyar el crédito consistió primitivamente en garantías personales, que desde una época muy antigua funcionaron bajo las formas de la solidaridad y de la fianza. Una y otra tuvieron sus orígenes en la concepción primitiva de la familia y en las relaciones entre miembros del mismo grupo gentilicio". Y sigue agregando más adelante dicho autor: "3o. LA FIANZA Y SUS FORMAS: "SPONSIO, - FIDEPROMISSIO, FIDEIUSSIO, MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE". Pri

mitivamente, no se hubiera comprendido una deuda de varias - personas que no formaban parte de un mismo grupo social, que no tenían el mismo patrimonio: de ahí, solidaridad entre los deudores, o substitución, no adjunción de la fianza, si la - misma era extraña al deudor principal, fenómeno que, al pare - cer, se vuelve a encontrar en el Derecho Romano en los casos de "PRAES" y del "VAS". Después se admitió que al persistir la obligación del deudor, la fianza no ocupase más que una - posición avanzada. Por último, una evolución restableció el imperio de la lógica: el medio para volver a ella tal vez -- fue que el deudor, junto a los demás, se convirtió en su pro - pio garante".

Por lo que de lo transcrito hemos de concluir, que - la figura de la fianza tuvo su fundamento en la solidaridad - de la familia romana, lo cual dió probablemente entre los ro - manos como resultado una cierta comodidad y seguridad en la persecución de un derecho, existente como consecuencia de al - gún negocio o acto jurídico celebrado. El derecho personal - era entendido por los romanos según dice J. Declareuil, "como un vínculo jurídico que constreñía a hacer o a no hacer algu - na cosa en provecho de otro". (2) Es de este modo como se presenta la fianza entre los romanos, en la forma de las - - obligaciones verbales que aparecían de una manera frecuente - dentro del sistema de las relaciones jurídicas de los roma - nos.

Así encontramos que este pueblo, dentro de su evolu - ción histórica desarrolla la figura de la "sponsio", que se - presenta bajo la forma verbal en cuanto a su aplicación en - las relaciones entre los romanos, figura que fué empleada -- principalmente dentro de las deudas que se contraían "verbis" y que se realizaba entre acreedor y deudor o deudores en su - caso, a través de la forma de la "estipulación"; y consistía,

en hacer una pregunta al acreedor y en una contestación que hacía el deudor, por lo que para ello se utilizaba la siguiente fórmula: "Idem dare spondes?" Spondeo.

La presentación del garante dentro de la relación -- del acreedor y el deudor, no implicó dentro del pueblo romano de ninguna manera la substitución del deudor, sino por el contrario, significaba solamente el nacimiento de una obligación accesoria frente a estos dos sujetos creadores de un determinado negocio. Siendo pues, la "sponsio" una de las primeras y más antiguas figuras jurídicas que presentaron las obligaciones accesorias, como una de las formas de la fianza. Encontramos, que esta institución en principio fue exclusiva de los ciudadanos romanos, por lo que estuvo prohibida para los peregrinos a quienes sabemos que desde los inicios del derecho romano se les estuvo negado éste, pero que sin embargo, poco a poco se les fué concediendo la oportunidad de realizar actos regulados por el derecho romano, que posteriormente hubieron de hacerse de uso general por la necesidad de relaciones comerciales con los pueblos circunvecinos. Habiéndose concedido la exclusividad de la realización de la sponsio a los ciudadanos romanos, fue como posteriormente se creó una nueva figura que sería accesible a los peregrinos, la cual llevaba por nombre "fidepromissio", que al igual que la sponsio también tuvo su fórmula.

De la fidepromissio. Las palabras que debían pronunciarse en la fórmula de esta figura fueron las siguientes: - "Idem fidepromittis?" fidepromitto. En virtud de esta fórmula se comprometía el fidepromissor, por lo que con ella nacía como consecuencia su obligación. Es de señalarse que esta figura se desarrolló con la intención de que fuera accesible a los peregrinos y a los ciudadanos romanos, y con ello, también el deseo de resolver muchos de los problemas que se presentaban en las relaciones comerciales con otros pueblos.

Es de anotarse en relación con la fidepromissio y la sponsio que en realidad pocas diferencias tenían; y tan es así, que René Foignet en su obra "Manual Elemental de Derecho Romano" señala: "Tres diferencias son las únicas que separan la sponsio de la fidepromissio.

1o.- Forma.- En una, las palabras eran: Idem sponde ne? Spondeo; en la otra, Idem fidepromittisne? Fidepromitto.

2o.- Campo de aplicación.- La sponsio se aplicaba a los ciudadanos romanos únicamente; la fidepromissio era accesible a los peregrinos.

3o.- Ley Publilia.- Esta ley acordaba al sponsor -- una acción "De Pensi" contra el deudor principal cuando, demandado por el acreedor le había pagado a éste y no había sido reembolsado por el deudor en un término de seis meses. Esta acción importaba "Manus Injectio pro Judicato (3). No se aplicaba a la fidepromissio".

Del párrafo anteriormente transcrito, hemos de concluir que en todo lo demás son analogías, de tal modo, que solamente podían garantizar obligaciones verbis, y dichas -- obligaciones nacidas en estas dos figuras se extinguían como consecuencia de la muerte de los obligados. Así, la "Ley Furia" de fines del siglo VI señaló dos reglas muy importantes: Por un lado la primera se refería a que en el término de dos años el sponsor y el fidepromissor se liberaban de esta obligación, lo cual vino a ser una excepción en el Derecho Romano, a la regla general de que las acciones civiles eran perpetuas, según había venido disponiendo dicho derecho. La segunda se refería a la aplicación de la deuda entre los sponsors y entre los fidepromissores, esto es, señalaba que dicha deuda debería ser dividida entre los obligados en estas dos figuras de que venimos hablando.

Sin embargo, también cabe citar otras dos leyes que tuvieron su importancia en el desarrollo de la fianza.

Una es la "Ley Apuleya" dictada con anterioridad a la "Ley Furia", que señaló la existencia de una sociedad entre los sponsors o fidepromissores de un mismo acreedor.

Otra fue la "Ley Cicérea", la cual vino a señalar una obligación para el acreedor, en el sentido de que debería declarar solamente cuál era el monto de la deuda que debía fijarse a sponsors y fidepromissores y cuántos eran éstos.

Otra más fue la "Ley Cornelia", que prohibió que una misma persona pudiese ser caución del mismo deudor en provecho del mismo acreedor.

Respecto de la extinción de las obligaciones dentro de la sponsio y la fidepromissio ésta fue señalada por la Ley Furia, la cual consignaba que la obligación de los sponsors y fidepromissores, se extinguía al cabo de dos años de existencia.

De la fidejussio. Esta figura tuvo reglas completamente distintas a las señaladas en la sponsio y en la fidepromissio, de modo que ninguna de las reglas de estas figuras se aplicó a la fidejussio.

Tenemos entonces, que en el transcurso del siglo VII, a fines de la República la práctica jurídica de los romanos organizó la fidejussio; una figura más cuya fórmula fue: -- "Idem Fidejubes?" Fidejubeo. Fue un modo de afianzamiento más amplio que las dos figuras anteriormente señaladas, y tuvo de propio, el de haber sido transmisible contra los herederos, de manera que no estaba limitada su duración y era -- perpetua. Esto no sucedió con la sponsio y la fidepromissio. Es la fidejussio una institución a la cual se le aplicaron --

todos los adelantos obtenidos y admitidos por el Derecho Romano, de manera que pudo garantizarse con ella una deuda -- cualquiera; pero en esta ocasión la fidejussio fue una figura que siguió la suerte de lo principal, esto es, lo característico de la obligación del fideiussor era el de ser una -- obligación accesoria, destinada a garantizar otra obligación llamada principal. Siendo pues entonces, una figura que se encontraba unida a una obligación principal, tuvo también de especial el de que no solamente estaba limitada su aplicación a operaciones contraídas verbis, sino que podía ser empleada frente a la formación de cualquier obligación, ya fuera de carácter civil o pretoriana, pero era condición indispensable que dicha obligación accesoria tuviera el mismo objeto de la obligación principal, así pues, si una persona había prometido una cosa, forzosamente el fiador debía prometer la misma cosa, de lo contrario si dicho fiador (fideiussor) había prometido otra cosa, distinta de la que había prometido el deudor principal, dicho compromiso contraído por el fideiussor devenía nulo en todos sentidos. En este caso entonces, el fideiussor no podía deber más de lo que debía el deudor principal, es decir, no podía obligarse bajo condiciones más onerosas; sin embargo, si podía obligarse a prometer menos que el deudor principal, pero entonces se entendía que dicho fiador estaba garantizando en una forma parcial la deuda existente de ese deudor frente a su acreedor.

El acreedor al existir el fideiussor tuvo la oportunidad de optar para exigirle el pago o cumplimiento de una obligación frente al deudor principal, cosa que le daba seguridad al acreedor en la operación o negocio celebrado y ante la insolvencia del deudor. Así, que si el fiador pagaba, tenía el derecho de exigir del deudor principal la indemnización respectiva, a manera de reembolso, aunque podía voluntariamente renunciar a dicho reembolso.

Ante la existencia de varios fiadores en el caso de

una misma obligación y de un acreedor, éste podía exigir el pago de la totalidad de lo afianzado a cualquier fiador que escogiera, lo cual trafa como resultado la liberación de los otros fiadores; sin embargo, posteriormente el acreedor tuvo la facultad de reclamar lo afianzado a cada uno de los fiadores, o sea, que pudo hacer efectivo el crédito entre todos.

El distinguido Maestro Efrén Cervantes Altamirano en su tesis "Fianza de Empresa" señala como caracteres de esta figura romana las siguientes:

1. La accesoriedad; entendida ésta en el sentido de que previamente debe existir una obligación principal.

2. La subsidiariedad; que se refería a que el deudor principal desplazaba la obligación íntegramente a la responsabilidad del fideiussor, quien de este modo quedaba como obligado directo.

3. La formalidad; referente a las formalidades que debían cumplirse para los efectos de la forma de obligarse.

4. La gratuidad; en atención a que el fideiussor no percibía remuneración alguna, ya que más bien se hacía -- por razones de relaciones amistosas.

5. La unilateralidad; en virtud de que como fiador se comprometía a cumplir la obligación en forma accesoría, -- ya que solamente a él correspondía el cumplimiento de tal -- obligación.

Creemos que el citado Maestro consigna en forma acertada los caracteres que presentó esta figura en la vida práctica del Derecho Romano; los mismos dan idea de las condiciones y forma en que se fue desarrollando esta institución.

Ahora bien, en consideración a las rigurosas consecuencias que resultaban para el fiador, en virtud del compromiso contraído, se dictaron una serie de medidas que vinieron a atenuar o a aliviar el rigor de los principios estable

cidos, fue la razón por la que se acordaron en forma sucesiva los beneficios que favorecieron al fiador. Estos beneficios fueron:

1. El beneficio de cesión de acciones.
2. El beneficio de división.
3. El beneficio de excusión.

1.- Del beneficio de cesión de acciones. Por medio de este beneficio el fiador pudo exigir al acreedor, antes de pagar, que le concediere todas sus acciones y todos sus derechos contra el deudor, lo cual trajo para el fiador una gran utilidad, de modo tal, que al ser cesionario de dichas acciones las garantías que aseguraban el pago de la deuda al acreedor originario pasaban a su persona. El fiador ante la negativa de un arreglo del acreedor, podía entonces insertar en la fórmula la excepción de dolo, en atención a lo cual, el Juez debía examinar los motivos de la resistencia del acreedor, según los cuales el Juez debía condenarlo. El acreedor en virtud de la cesión de las acciones no hace más que pasarlas al fiador en el estado en que se encuentren sin contraer con ello ninguna otra obligación, por lo que el fiador no podía quejarse de la ineficacia en que había caído alguna de las acciones.

Con este beneficio el fiador pudo recurrir contra los demás fiadores, pero siempre deduciendo la parte que debía soportar en la deuda existente. Además pudo con este beneficio ejercitar contra el deudor las acciones que pertenecían al acreedor, lo cual significó para él verdaderamente un gran beneficio que vino a cambiar totalmente su situación.

Este beneficio concedido a los fiadores fue creado por los jurisconsultos romanos, quienes señalaron que tal operación constituía una venta, por lo que se consideraba

que el fiador no efectuaba un pago, sino lo que en realidad hacia era comprar los derechos del acreedor. Es de anotarse que en realidad este beneficio concedido al fiador vino a ser una supervivencia del crédito y de sus garantías, concedido en virtud del cumplimiento de la obligación que hacia el fiador.

2.- Del beneficio de división. En virtud de este beneficio, el fiador pudo obligar al acreedor a dividir sus pretensiones entre todos los fiadores existentes y solventes, reclamando desde luego a cada uno su parte en la obligación convenida. Con este beneficio el fiador se liberó de ser perseguido por la totalidad de la deuda cuando hubiere varios fiadores solventes.

El beneficio de división se concedió mediante un rescripto (epistola Hadriani) durante el reinado del Emperador Adriano y se diferenciaba de la división establecida por la Ley Furia que estuvo referida a las instituciones de la sponsio y la fidepromissio.

Tenemos entonces, que la diferencia del beneficio de la división de Adriano del concedido por la Ley Furia radica en dos puntos principalmente:

1.- En tanto la división señalada por la Ley Furia operaba de pleno derecho, la señalada por el rescripto de Adriano para que se diera, debia ser exigido por el fiador previamente para que pudiera aprovecharse de él.

2.- Por otro lado, el rescripto de Adriano además de conciliar los intereses del acreedor y los fiadores, hizo que la división de la deuda se efectuara entre todos los fiadores solventes; solución que trajo como resultado que se soportara la insolvencia de uno de ellos en los demás, lo cual no sucedía con la Ley Furia.

3.- Del beneficio de excusión. Este beneficio es --

aquel por el cual, el fiador podía obligar al acreedor a que previamente persiguiera al deudor principal, antes de perseguirlo a él. El beneficio de excusión fue creado por Justiniano en su Novela número 4, por considerar que era injusto que se persiguiera primeramente al fiador para el cumplimiento de la deuda, razón verdadera de justicia para el fiador, ya que si existía el deudor principal y era solvente, por qué razón no se le iba a perseguir.

El beneficio de excusión debía ser soportado por el acreedor, sin embargo, para el caso de que no lograra el pago podía volver contra el fiador por medio de lo que se llamaba la acción mandati contraria.

Dentro de la fidejussio existió una variedad de la misma, a la cual se le llamó fidejussio indemnitis, figura que sin duda se había desprendido de la fideiussio como principal, de modo que con dicha institución el fiador pudo prometer al acreedor lo que no pudiera obtener del deudor principal, resultando de ello una obligación sujeta a condición, ya que si el deudor pagaba una parte o no pagaba nada, debía entonces pagar el fiador.

En atención a lo dicho anteriormente, resultaban dos los caminos que debía seguir el acreedor: uno era el que podía demandar en forma sucesiva al deudor principal y después al fiador. En el otro, sólo podía demandar al fiador si había comprobado que el deudor principal era insolvente.

De la extinción de la fianza. La principal forma de extinción de la fianza lo era el de la extinción de la deuda principal, en atención a la accesoriedad de la fianza, ya -- que existía ésta en tanto tenía vida la obligación principal. A esta forma de extinción de la fianza es a lo que el Maestro Efrén Cervantes Altamirano llama en su tesis por vía de consecuencia, esto es, si la obligación principal se extin--

que por el pago, es lógico la extinción de la fianza como accesoria.

Cabe señalar a este respecto, que Eugéne Petit en su Tratado Elemental de Derecho Romano, consigna que concretamente eran dos las formas de extinción de la fianza:

- 1.- Por vía de consecuencia, de la cual ya hablamos.
- 2.- Directamente, dice que se da, cuando es en virtud de una causa de extinción que se realiza en la persona del fiador.

La extinción también podía realizarse por los distintos modos ordinarios de extinción de las obligaciones, como serían: la novación, la aceptación, la confusión, el pacto de remisión, etc.

Debemos señalar que realmente las figuras que son antecedentes de la fianza son: la sponsio, la fidepromissio y la fideiussio, ya que son las primeras figuras que existieron como semejantes a la fianza que hoy en día conocemos, - pues propiamente cada una señala el proceso de evolución de la institución de la fianza, ya que según lo escrito anteriormente es en la fideiussio en donde ya se encuadra por vez primera en forma firme y clara la figura de la fianza, - aunque desde luego, una fianza podríamos decir general, pero propiamente civil, pues los romanos hablaron en su tiempo de derecho civil y del derecho pretoriano, por lo que entonces hemos de decir que el desarrollo de esta figura hasta aquí, no es más que en el sentido del derecho civil.

Ahora bien, al lado de las figuras de la sponsio, - la fidepromissio y de la fideiussio existieron otras figuras de las cuales han hablado ciertos estudiosos del derecho, - mismas a las que se les ha atribuido ciertas analogías con la figura de la fideiussio. De estas figuras habla en su tesis el respetable Maestro Efrén Cervantes Altamirano, dicién

do que son las siguientes:

- 1.- El *constitutum debiti alieni*.
- 2.- El *mandato creditual*.

1.- Del *constituto debiti alieni*. Figura que consistía en que por medio de un pacto constitutorio un tercero se comprometía a pagar la deuda ajena, respondiendo de esta manera en forma accesoria. Esta institución nos dice Petit - que se presentaba como una especie de novación por cambio de deudor, o bien con el carácter de una forma de caución, de tal modo que el acreedor tenía en este caso la oportunidad de exigir el pago al deudor principal o a la persona que se había comprometido por el *constituto debiti alieni*.

El uso de esta figura se limitaba a cosas que se - - apreciaban por el peso, el número o la medida, y es con Justiniano con quien se modificó el carácter de esta figura, ya que fue él quien señaló que podía tener por objeto cosas muebles o inmuebles, cantidades o cuerpos ciertos.

Eugéne Petit califica a esta figura como una especie de afianzamientos, al señalar: "Esta forma de afianzamiento presenta sobre la fianza las ventajas siguientes: 1.- Puede realizarse por simple consentimiento, aún entre ausentes; - 2.- Si el constituyente ha prometido más que no debía el deudor principal, su compromiso no es nulo, sino solamente reducible a la medida de la obligación que garantiza".

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, estoy de acuerdo con el Maestro Efrén Cervantes Altamirano, cuando sostiene lo siguiente:

"Por otra parte, el *constitutum debiti alieni*, fue - un contrato no formal, solamente sancionado por una acción pretoriana de pagar una suma adeudada; en tanto que la fianza, es un contrato en que siempre se requirió el cumplimiento -

de formalidades estrictas". Para adoptar esta posición el citado maestro se apoya en Lagrange, que dice: "El que sin estipulación y por un simple pacto garantiza la obligación de otro no forma una fianza, sino un constituto". Efectivamente están en lo cierto estos autores, ya que se nota claramente la diferencia entre tales figuras, pues siendo un simple pacto, sin formalidades en estricto, el "constituto debi ti alieni" no puede desde luego ser una especie de la fianza ni siquiera puede decirse que haya plena identificación con ella, sino que es simple y llanamente un "pacto de constituto".

2.- Del mandato creditual o Mandatum credendae pecuniae. Era aquel mandato que una persona llamada mandante, daba a otra llamada mandatario, para que le prestare dinero a una tercera persona. El acreedor en esta figura resultaba ser el mandatario al efectuar el préstamo al tercero, de modo que éste quedaba como el deudor principal y el mandante venía a ser la persona que garantizaba la obligación que había nacido en virtud de este mandato. El acreedor tenía contra el mandante y el deudor principal ciertas acciones, así, contra el primero tenía la acción "mandati contraria" y contra el segundo tenía la "condictio ex mutuo"; por lo que podía exigir el pago a uno u otro, o bien, a ambos respectivamente.

El mandante tuvo el beneficio de división a partir de Adriano y el beneficio de discusión (excusión) con Justiniano y también el beneficio de cesión de acciones. Concluimos con la misma posición del Maestro Cervantes Altamirano, en el sentido de que esta figura también es una simple semejanza de la fianza, cuando dice: "Los contratos analizados se asemejaron mucho a la fianza principalmente por lo que respecta a sus efectos, pero con las explicaciones precedentes, creemos que pueden apreciarse con facilidad los principales

rasgos característicos de los mismos". Esta posición del citado Maestro consideramos que es muy correcta, en atención al análisis tan consciente que hace en su tesis a nivel de una verdadera investigación.

b) EVOLUCION HISTORICA DE LA FIANZA EN MEXICO.

Antes de la conquista de México los pueblos indígenas de esos tiempos tenían una estructura social muy propia de la etapa que estaban viviendo, pero también tenían sus normas que regulaban la conducta de los hombres de entonces, normas que eran de un carácter jurídico religioso. El territorio mexicano de entonces estaba poblado por una gran variedad de tribus, las cuales tenían sus respectivas costumbres sociales, políticas y económicas. Sin embargo, al paso del tiempo los grupos más fuertes fueron dominando a los débiles, lo cual trajo la hegemonía como consecuencia, de modo que fueron imponiendo a los dominados sus formas de organización y costumbres respectivas; aunque realmente había similitudes sociales entre dichos pueblos. Esto es lo que hemos interpretado del Maestro Trinidad García en su libro "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho" cuando dice: "Tal -- fue el caso de los Aztecas, de origen nahoa, que a la llegada de los españoles tenían constituida una fuerte dominación sobre extensa parte del territorio que sería conquistado para la Corona de España".

Hacemos un breve análisis de la organización de los Aztecas porque es de quienes más fuentes se encuentran para su estudio. Son los vestigios de los Aztecas de los que nos han sorprendido con sus formas de organización, puesto que -- contaban en su tiempo con verdaderas reglas de Derecho, como lo señala el Maestro Trinidad García, y de este modo, también desarrollaron y practicaron para su tiempo determinadas

instituciones jurídicas de Derecho privado. Los Aztecas - - pues, tuvieron un orden jurídico, dentro del cual como reglas de Derecho privado nos dice el Maestro Trinidad García que - practicaron distintos contratos. Al hablar de las obligaciones el citado Maestro dice: "Eran practicados los contratos de compraventa, permuta, préstamo, depósito, comisión, trabajo, arrendamiento, aparcería, fianza y prenda.

Había ciertas medidas de publicidad de los contratos, consistentes en celebrarlos ante testigos, y el contrato así otorgado debía ser cumplido preferentemente a otros.

Para el cumplimiento forzoso de las obligaciones, se admitía la prisión por deudas y aún la esclavitud, cuando el deudor había convenido en someterse a ella para el caso de - falta de observancia de la obligación contraída por él o por tercero o cuando el sujeto de ésta estribaba precisamente en la pérdida de la libertad del propio deudor".

De estas citas del Maestro Trinidad García, hemos de concluir que en el Derecho precortesiano, con los Aztecas, - ya se manejaba y practicaba el contrato de fianza. Desde - luego que no sabemos en qué grado se haya practicado el contrato de fianza, sino que sólo nos permitimos señalar con base en el citado Maestro, que dicho pueblo conoció y manejó - esta figura dentro de sus prácticas jurídicas y comerciales.

La historia nos señala que Tenochtitlan sucumbe ante la conquista de los españoles, y con ellos lógicamente los - Aztecas, pueblo que es dominado y transformado en lo físico, político, jurídico y económico, por lo que con ello acabó el gran Imperio Azteca.

El Gobierno y el Derecho de este pueblo dieron paso a los vencedores, quienes no sólo dominaron, sino impusieron sus costumbres y formas de vida. En fin, este cambio de vida no la vida del pueblo Azteca, no sólo en sus tradiciones re-

ligiosas, sino también en sus costumbres, idioma, derecho, - etc. Se creó entonces una organización política y jurídica que fue nueva para este pueblo, quien tuvo con ello un legado de derecho y de costumbres.

Nueva España tuvo entonces así, la legislación española que estuvo constituida por las "Siete partidas", el - - "fuero Real" y el "fuero Juzgo". Sin embargo, tuvieron mayor importancia en México las "Siete Partidas", ya que forman prácticamente del Derecho Positivo Mexicano, hasta que nació en la vida jurídica de México el primer Código Mexicano, expedido para el Distrito Federal y Territorios.

Fue desde el amanecer de la República cuando se hizo el intento de elaborar una legislación civil especial para México, fundamentalmente quizás, por abandonar todo lo español que entonces se tenía. Así las cosas, es con el gobierno de don Benito Juárez con quien se plasmó esta idea haciéndose realidad. Por lo que fue el Dr. Justo Sierra el que tuvo el encargo de dicho proyecto de Código Civil quien utilizó - como base el proyecto de García-Goyena. Sin embargo, dicho trabajo no llegó a ser ley positiva pero tiene importancia - por la influencia que ejerció en el Código Civil de 1870, ya que la comisión redactora aprovechó dicho trabajo.

Código Civil de 1870. Se terminó la redacción y publicó este Código en el año de 1861 y fue aprobado por decreto de 8 de diciembre del mismo año, y entró en vigor el 10. de marzo de 1871.

El Maestro Efrén Cervantes Altamirano consigna: "CÓDIGO CIVIL DE 1870. Fue éste el primer Código expedido para el Distrito Federal y Territorios, y sus autores reconocen - haber recibido influencia preponderante del Derecho Romano, del derecho español, de los Códigos Francés, Austriaco y Holandés, y de los mismos proyectos españoles y mexicanos ante

riores. Fue el modelo en que se inspiraron la mayor parte - de las legislaturas de los Estados al dictar sus Códigos Civiles".

Aquí encontramos una vez más la herencia romana que sin duda ha hecho su siembra jurídica en el mundo de la civilización por lo que también se hizo sentir en el derecho - francés, español, etc. Así pues, el Código Civil de 1870 tuvo como base el proyecto del Código Civil Español de 1851 y también indudablemente el Código Civil Francés de 1804.

El Código de 1870 reglamenta la institución de la fianza en sus artículos 1813 al 1888, y empieza definiendo - la fianza en su artículo 1813 que reza de la siguiente manera: "es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace".

Sin querer entrar en detalle en el estudio de los códigos que se fueron dando en México hemos de agregar que en este Código Civil de 1870 ya se reglamentaban los tipos siguientes de fianza: legal, judicial, convencional, gratuita y onerosa; tipos de fianza que el Código de 1928 regulaba en el artículo 2795. No exigió el Código Civil de 1870 formalidad alguna para el perfeccionamiento del contrato de fianza.

Código Civil de 1884. El Código Civil de 1870 en realidad estuvo en vigor poco tiempo, pues su duración fue de 14 años ya que para 1884 se había expedido el Código Civil del mismo año, el cual pocos cambios trajo para la práctica jurídica de este tiempo, puesto que no fue más que una simple inspiración del Código Civil de 1870 y la única novedad que agregó fue el sistema de la libre testamentificación. Con la expedición de la "Ley de Relaciones Familiares" de fecha 9 de abril de 1917, sufrió algunas reformas; pues con dicha ley la mujer tuvo capacidad para la celebración de cualquier tipo de contratos.

Código Civil de 1928. Como resultado del eco de las ideas socializantes de esta época aparece a la vida jurídica este Código, por lo que en consecuencia vino a ser un reflejo de las condiciones sociales, siendo su contenido una cristalización de las necesidades de la vida práctica del hombre mexicano.

Efectivamente como señala el Maestro Cervantes Altamirano, fue el exagerado respeto a la libertad individualista tradicional de las anteriores corrientes ideológicas, y como consecuencia, la desigualdad de las condiciones económicas lo que produjo este importante cambio que substituyó el hasta entonces vigente criterio individualista.

Es entonces este Código el que señala la socialización del derecho, el cual quizás también se inspiró en la Constitución de 1917; prueba de ello, es que el propio Código Civil de 1928 así lo consigna en su "Exposición de Motivos" cuando dice:

"Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancializante, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de Solidaridad".

Este Código regula la fianza con verdaderas innovaciones en materia civil, al hablar de las distintas especies de contratos dentro del Título Decimotercero, Capítulo I, y regula la fianza del artículo 2794 al 2855; por lo que empieza definiendo la fianza en su artículo 2794 que reza:

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

En este concepto está señalando el nacimiento de la-

fianza en atención a la celebración previa del contrato, que se condiciona a la existencia de una obligación válida, y no habla sobre la fianza que surge en virtud de un acto jurídico unilateral; y en sus artículos siguientes hace una clasificación de la fianza.

Código de Comercio Mexicano de 1854. La influencia española también se hizo sentir en la materia mercantil, sin embargo, con el transcurso del tiempo dichas instituciones jurídicas españolas fueron insuficientes, o bien, no se adecuaban a la práctica mercantil mexicana; por lo que de esta manera, hubo varios intentos por legislar en materia mercantil, principalmente para la creación de un Código de Comercio.

Es hasta el Gobierno del General Antonio López de Sta. Anna con quien se dió el Código esperado. Este Código de 1854 fue expedido en fecha 16 de mayo del mismo año, y es conocido como el "Código Lares", en virtud de que dicha obra se debió a don Teodosio Lares. Fueron modelos de inspiración de él, los Códigos de España y Francia.

Código de Comercio Mexicano de 1884. Con posterioridad a la vigencia del Código anterior, el Gobierno se hizo de la idea de elaborar un nuevo ordenamiento en materia de comercio, que entró en vigor el 20 de abril de 1884, para lo cual se tuvo que reformar la Constitución de 1857 en su artículo 72 fracción X, dándose con ello facultades al Congreso Federal para legislar en materia de comercio.

En realidad este Código, como se ha dicho, sólo fue una viva copia en la reglamentación de la fianza, y en general, de todas las disposiciones del de 1854, siendo quizás las razones de estos cambios, los momentos de desequilibrio social y político que entonces existían. A decir verdad este Código tampoco tuvo larga vida y así apareció el Código de Comercio de 1889.

Código de Comercio Mexicano de 1889, cuya fecha de vigencia es desde el 1o. de enero de 1890 y expedido durante el Gobierno de Porfirio Díaz. Sin embargo, actualmente por las reformas y adiciones que ha sufrido, de hecho sólo en una mínima parte queda vigente. Tiene de particular y de novedoso el contenido de este ordenamiento el de que no reguló en sus artículos respectivos, el contrato de fianza mercantil, de modo que en el cuerpo de dicho ordenamiento se omitió la regulación de la fianza. Efectivamente fue lo que sucedió, según lo señala el Maestro Efrén Cervantes Altamirano, al decir:

"Una novedad muy notable se advierte en su articulado pues a diferencia de los anteriores, no reglamentó lo relativo a fianzas mercantiles.

La causa de esta omisión es inexplicable, pero nos atrevemos a suponer que seguramente el legislador mercantil prefirió dejar a leyes especiales, la regulación de esta figura jurídica, pues el 3 de junio de 1895, se expedía un decreto autorizando al Ejecutivo para celebrar contratos- conce- sión con empresas que quisieran operar como instituciones de fianzas".

LA FIANZA DE EMPRESA EN MEXICO

Ya anteriormente dijimos que sólo nos estamos concretando a hacer un breve análisis de la evolución de la fianza en México, y hoy nos toca dirigir especialmente nuestra atención a la fianza de empresa o de compañía como la llama el Maestro Efrén Cervantes Altamirano.

En realidad los pioneros en la creación de la fianza de compañía fueron los ingleses, pues se atribuye a ellos el primer intento.

Encontramos que en el año de 1840 se organizó en In--

glaterra la que fue la primera compañía sobre fianzas, cuya denominación era: "Sociedad de Garantía de Londres", estableciéndose así las fianzas de fidelidad, que ya anteriormente se había ofrecido por otra compañía como medio de aseguramiento de la honestidad de una persona en su calidad de criado o sirviente frente a su patrón. En principio se vió a estas operaciones con recelo, sin embargo, el negocio de dichas compañías fue creciendo.

El mismo recelo existió en EE. UU. aunque justificado en principio, pues algunas de las primeras quebraron, pero a pesar de ello, hoy en día es muy grande e importante la posición que ocupan dichas empresas, siendo su campo de acción muy amplio y su fuerza económica muy grande, no sólo en Estados Unidos sino también en México.

La Fianza de Empresa en México. La aparición de las compañías de fianzas en México tuvo su base en el decreto de fecha 3 de junio de 1895, en el cual se autorizó al Ejecutivo de la Unión para el otorgamiento de concesiones a compañías y la celebración de contratos con las mismas, siempre que fueran para el otorgamiento de fianzas por el manejo de funcionarios y empleados públicos.

Tenemos pues, que éste es el primer antecedente sobre fianzas de empresas, sin embargo, con esta autorización no se creó empresa alguna de esta naturaleza, pero realmente con ella si se sentaron las primeras bases, con las cuales habían de celebrarse los primeros contratos.

En estas primeras disposiciones, ya se le daban una serie de facultades a la Secretaría de Hacienda para la debida autorización y control de dichas empresas. De tal modo que el Gobierno con ello tuvo el sano interés de controlar debidamente en forma legal a dichas instituciones, con el único fin de que no causaran perjuicios al público con sus

respectivos actos o insolvencias en que cayeran.

En realidad este decreto sólo fue un instrumento de carácter administrativo que señaló simplemente los lineamientos o procedimientos a seguir para la operación de las empresas que se constituyeran para la expedición de tales tipos de fianzas; por lo que de ninguna manera, como lo señala el Maestro Cervantes Altamirano este decreto regula en forma -- completa la fianza mercantil, presumiéndose entonces, que el Código Civil regulaba supletoriamente los casos de afianzamiento de aquella época. Siendo entonces, esta legislación -- el primer impulso para la creación de empresas afianzadoras -- y para sus actividades consecuentemente, en el campo jurídico de esta materia.

Estos primeros cimientos jurídicos fueron los que -- sentaron las bases para que en México se estableciera una sucursal de la compañía denominada "American Surety Company of New York", fundándose entonces al correr el año de 1895, la primer compañía de fianzas a los 16 días de haberse publicado el decreto anteriormente citado. Es de este modo, como se celebró el primer contrato -- concesión por el Gobierno Federal con dichas empresas respecto de este tipo de operaciones; y -- el segundo se celebró en el año de 1901, el cual introdujo -- ciertas reformas, como la de que dichos actos jurídicos se -- extendieran bajo la forma de "póliza" consignándose en ellas las obligaciones que se asumían.

Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910. Siendo el -- campo de acción de estas empresas muy reducido, y ante la necesidad de ampliarlo para que llegara a otras relaciones jurídicas, el Gobierno expidió la "Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910" por decreto de fecha 24 de mayo de 1910. Esta ley sentó las bases generales para el debido control de toda compañía que se estableciera a partir de la expedición de la mencionada ley.

En esta ocasión el Gobierno demostró su verdadero interés para el control de este tipo de instituciones, resultando pues, que con las disposiciones de esta ley el Gobierno señaló un principio de intervención decidida en estas operaciones, lo cual sin duda tuvo como base, el sano interés de sembrar la debida seguridad entre el público que entablara relaciones de esta naturaleza con las compañías de fianzas. - Las facultades para el control de este tipo de empresas fueron depositadas una vez más en la Secretaría de Hacienda.

Las 32 Bases Orgánicas de 1910. A un mes de distancia de la expedición de la Ley de 1910 se expidieron estas Bases, que señalaban que las fianzas hechas a favor de la Hacienda Pública, debían ser otorgadas bajo sus disposiciones que señalaban los requisitos y condiciones para cada caso.

En 1913 con fecha 16 de abril se estableció en México una afianzadora que se denominó "Compañía Mexicana de Garantías", sin embargo ya anteriormente, se habían establecido otras afianzadoras que eran sucursales de compañías americanas.

Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925. Expedida el 11 de marzo de 1925 durante el Gobierno del General Plutarco Elías Calles. Esta nueva ley fue sólo una inspiración de la anterior, por lo que siguió sosteniendo la misma posición de aquella, sin embargo no estuvo mucho tiempo en vigor, pues con la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos -- Bancarios de 1926 quedó derogada. En esta Ley de 1925 la Secretaría de Hacienda siguió siendo la suprema autoridad de estas (compañías) empresas. Algunas de sus novedades que aportó son: 1.- Permitió la expedición de fianzas judiciales. 2.- Consideró a las afianzadoras como instituciones de crédito. 3.- Señaló por primera vez la forma bajo la cual deberían crearse, por lo que consignó que debía ser la de Sociedad Anónima. Etc.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926. Con esta ley se derogó la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925, de la que hablamos anteriormente; en virtud de que vino a reglamentar las instituciones de fianzas dedicándole el Capítulo IX, en atención a - que para entonces se consideraban a dichas instituciones como de crédito, por lo que al considerarlas con ese carácter esta ley las recogió, incluyéndolas dentro de su contenido - dispositivo. Con el carácter atribuido de instituciones de crédito, se les aplicaron ciertos preceptos, y por lo mismo obligaciones que correspondían en general a las instituciones de crédito.

Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. Esta ley fue promulgada con fecha 28 de junio de 1932. Con esta ley se autorizó a todas las instituciones de crédito para la expedición de fianzas, y se señaló también, la obligación del fiado de que diera garantía suficiente a la compañía - - afianzadora al otorgarle la fianza respectiva. También se - señaló por una reforma a esta ley de 1926, que cometían el - delito de fraude las personas o compañías que realizaran este tipo de operaciones sin la autorización del Gobierno Federal.

En el año de 1939 durante la vigencia de la ley de - que venimos hablando, se dictaron algunas disposiciones reglamentarias en las cuales se consignó el llamado "límite de retención", que vino a ser el máximo dentro del cual se facultó a las afianzadoras para expedir sus garantías en el - desarrollo de sus actividades. Y ante la situación de que - las compañías sobrepasaban el citado límite, se autorizó la realización del "reafianzamiento" por otra u otras compañías por la excendencia respectiva. El "reafianzamiento" vino a ser una modalidad en la fianza, y como consecuencia, una nueva operación en la técnica y desarrollo de las fianzas en Mé

xico. Pero esta operación sólo se refirió a las fianzas que fueran otorgadas a favor de la Hacienda Pública.

Ley sobre Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Se expidió el 2 de junio del mismo año. Esta nueva ley tuvo de especial, el de haber señalado que - las instituciones de fianzas no eran de crédito, por lo que en consecuencia negó tal carácter a dichas instituciones.

Ley sobre Instituciones de Fianzas de 1940. Ante la importancia que habían adquirido y el feliz éxito de estas - empresas, pronto fueron necesarias nuevas disposiciones para reglamentar las actividades de las compañías afianzadoras - que realizaban cada día una variedad de operaciones en razón de las nuevas relaciones jurídicas que se presentaban en la práctica de este campo jurídico.

En un intento por reglamentar las nuevas necesidades jurídicas, se preparó un proyecto en el año de 1940 que sólo estuvo a punto de hacerse realidad; sin embargo, como las - compañías afianzadoras ya tenían intereses en juego hicieron lo necesario para que dicho proyecto no fuera aprobado, argumentando para ello que sus disposiciones habían sido hechas por personas que ignoraban las operaciones afianzadoras, por lo que de este modo ante dicho interés en tal solicitud, no fue publicada esta ley.

Ley de Instituciones de Fianzas de 1942. El Gobierno Federal con el deseo de regular las relaciones jurídicas de las instituciones de fianzas complejas cada día por su -- desarrollo y evolución, ordenó publicar esta ley el 12 de mayo de 1943, entrando en vigencia a los 20 días siguientes - (1 de junio de 1943).

La práctica jurídica y las necesidades hicieron necesario este ordenamiento, que tuvo como base en gran parte el frustrado proyecto de 1940 y los oficios y circulares que -

dispersos había girado la administración pública a las compañías de fianzas. Señala el Maestro Cervantes Altamirano que esta ley intentó reglamentar el contrato de "Fianza de Empresa" o contrato de "Fianza Mercantil".

Este ordenamiento tuvo de propio ser más sistemático que los anteriores, pues de una manera más perfecta reguló - las relaciones jurídicas de tales empresas, señalándoles verdaderas formas para sus operaciones. Sigue el criterio tradicional de considerar a la Secretaría de Hacienda como la facultada para dar las autorizaciones y revocaciones en la creación de tales compañías.

Señala el capital mínimo de operación de las fianzadoras en razón del ramo, con la prohibición de dedicarse a otro tipo de operaciones. Consigna además, que deben crearse las instituciones de fianzas bajo la forma de sociedad anónima y que el mínimo de duración debía ser de 30 años contados a partir de la fecha en que se haya inscrito en el Registro Público de Comercio; ello se hizo con el fin de proteger y garantizar así los intereses de los particulares. Autoriza a las afianzadoras para el uso de determinados términos en sus denominaciones respectivas como el de: "fianza", - - "afianzador", "afianzamiento", "caución", o el de cualquier otro que se les asemeje.

Tuvo esta ley de especial, el de haber suprimido el derecho que tenían las compañías de prevalecerse de los beneficios de orden y excusión ante las reclamaciones que fueran dirigidas contra ellas; lo cual en realidad no era necesario, pues las compañías cuando dan fianza se aseguran primero con garantía específica suficiente, es decir, que pueda cubrir - lo afianzado. En fin, de este modo esta ley sigue regulando cada uno de los actos de organización y funcionamiento, de procedimientos respectivos seguidos por los particulares con

tra las afianzadoras, para lo cual los primeros debían agotar previamente la instancia de tipo conciliatorio ante la Secretaría de Hacienda, para así poder después hacer sus reclamaciones ante los Tribunales comunes. Hubo otro procedimiento de tipo contencioso; sin embargo, como consecuencia de reformas que se hicieron, hubieron de ser cambiados. Posteriormente en esta ley se hicieron una serie de reformas, principalmente en los años de 1946 y 1949.

Se alaba este ordenamiento, por haber regulado en forma sistemática y homogénea el contenido de su cuerpo dispositivo.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950. La necesidad de satisfacer los nuevos y múltiples problemas que se presentaban en la práctica jurídica de las compañías de fianzas, así como la novedad de ciertos casos, y como consecuencia, la insuficiencia de la antigua ley en la regulación de cada problema que se presentaba a diario en las relaciones de las empresas con los particulares, fueron las razones de haber expedido la Ley de 1950. Con esta ley pues, se ha venido a regular en forma más amplia el campo de las relaciones mercantiles de estas empresas.

Esta ley fue publicada por el Gobierno Federal el 26 de diciembre de 1950 y entró en vigor a los 15 días de su publicación, durante el período del Lic. Miguel Alemán, Presidente de la República de entonces. Esta misma Ley de 1950 declara abrogada la Ley de 1942 en su artículo II transitorio, agregando también que así lo fueran las reformas y reglamentos hechas respecto de dicha ley.

En los demás artículos transitorios consigna entre otras cosas la aceptación de varias de las disposiciones de la ley abrogada; y dentro de las reservas que debían constituir las instituciones de fianzas dispone, que las reservas ordinarias ya no serían obligatorio que las constituyeran.

Consigna esta ley en su Exposición de Motivos la ten
dencia especializadora de las garantías, a través de una re-
glamentación más específica de las actividades de las afian-
zadoras, con la intención pura de asegurar los intereses del
público.

Hemos de anotar que la Ley de 1950 señala como metas
 a realizar las siguientes:

1.- La búsqueda de un perfeccionamiento en los siste-
 mas de operación de las instituciones de fianzas.

2.- El interés de procurar un mejoramiento en la es-
 tabilidad económica y en la liquidez de tales instituciones.

Consigna además como cosa especial, la facultad de -
 que la Secretaría de Hacienda determine los tipos de delitos
 en los que sea necesaria la fianza penal.

Busca esta ley con sus disposiciones un equilibrio -
 económico de las instituciones de fianzas, por lo que de es-
 te modo pone interés en forma especial en el régimen de "rea-
 fianzamiento", estableciéndolo como obligatorio en aquellos
 casos en que la afianzadora expida fianzas que excedan a su
 capacidad de pago.

Sostiene una decidida política intervencionista, al
 señalar la intervención de la administración pública en las
 actividades de todas estas empresas, pues consigna que las -
 instituciones de fianzas quedan sometidas al poder impositi-
 vo de la Federación.

Queremos agregar que esta ley hizo una completa revi
sión de la ley anterior y de sus reformas que sufrió, con el
 fin de buscar una perfecta regulación de las instituciones -
 de fianzas en todos los sentidos. Sin embargo, las necesida
des de las relaciones jurídicas modernas de la evolución so-
 cial y económica de México, hicieron que ésta también sufrie

ra sus reformas respectivas, algunas de las cuales se han hecho en los años de 1953, 1956, 1963, y se seguirán haciendo, pues la vida económica y social es cada día más compleja y - como consecuencia exige a cada momento poner al día nuestras disposiciones jurídicas.

Hemos hecho en forma breve un bosquejo de la evolución jurídica de las instituciones afianzadoras y de la fianza misma como consecuencia. El interés ha sido puesto por nuestra parte, ya que nuestra intención es conocer esta figura a través del estudio abierto y profundo en la medida de nuestras posibilidades.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) J. Declareuil. "Roma y la Organización del Derecho". Pág. 203.
- (2) J. Declareuil. "Roma y la Organización del Derecho". Pág. 146. Párrafo 1o.
- (3) Gayo, C. III 127.

CAPITULO II

EL CONTRATO DE FIANZA CIVIL

a) LA FIANZA CIVIL. SU DEFINICION.

La utilización de las garantías en general ha traído verdaderos beneficios a las partes que las han usado, es to es, al acreedor y al deudor; por lo que así tenemos, que por un lado el acreedor cuando está garantizado se encuentra fuera del peligro de no poder cobrar al deudor al haber caído éste en un estado de insolvencia, o en algún otro caso en que no pudiera cobrar en forma segura la prestación a que estuviere obligado a dar el deudor. Por otro lado el deudor también obtiene beneficios con la existencia de la fianza, puesto que con ella consigue dentro del medio en que desarrolle sus actividades una seguridad a sus acreedores y por lo mismo un crédito para sus operaciones.

Pero bien, hemos dicho en el Capítulo I al hablar de los antecedentes de la fianza, que ésta era considerada por los romanos como una garantía personal, lo cual es efectivamente cierto, pues así Henri y León Mazeaud, y Jean Mazeaud en su libro de "Lecciones de Derecho Civil" parte tercera - volumen I de las garantías, traducido al español por Luis - Alcalá-Zamora y Castillo, han clasificado a las garantías de la siguiente manera: 1.- Por un lado a las garantías legales y convencionales; 2.- Por el otro a las garantías --

personales y reales, encuadrando a la institución de la fianza dentro de las garantías personales, como una garantía convencional.

La institución de la fianza está claro que es un contrato porque así lo dispone el Código Civil vigente de 1928. Ahora bien, se ha calificado al contrato como una especie del acto jurídico al igual que el convenio, con el cual se le ha confundido comunmente en la práctica; sin embargo, nuestra ley civil los distingue en forma clara y precisa, al señalar dentro de sus disposiciones cuándo se está frente a un convenio y cuándo frente a un contrato, por lo que así nuestro Código vigente en su artículo 1792 dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Y el artículo 1793 señala los casos en los cuales los convenios tomarán el nombre de contratos al disponer: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Pero entrando al estudio de nuestro tema, hemos de decir que el Código Civil de 1928 regula la fianza del artículo 2794 al 2855, empezando por dar una definición de la fianza en el artículo 2794 al 2855, empezando por dar una definición de la fianza en el artículo 2794 que dispone: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

De este concepto que nos da el Código Civil vigente concluimos que antes que nada está señalando que la figura de la fianza es un contrato, y por lo mismo un acto que requiere forzosamente un acuerdo de voluntades, pero este acuerdo no es propiamente entre el acreedor y el deudor, sino entre el fiador y el acreedor como lo señala claramente el citado artículo, de modo que la voluntad del deudor "fiado" en realidad no tiene tanta trascendencia como lo tienen

las voluntades del fiador y del acreedor en este tipo de contratos. El artículo 2794, señala claramente que por el contrato de fianza el único obligado es el fiador, quien se compromete frente al acreedor al manifestarle su voluntad de pagar para el caso de que no lo haga el deudor --fiado-- presumiéndose desde luego con base en ello, en que previamente deberá pedirle el cumplimiento de la obligación a éste y posteriormente, si no paga, cobrarle al fiador.

b) CARACTERES JURIDICOS DE LA FIANZA CIVIL.-

El contrato de fianza que se celebra entre el acree--dor y el fiador tiene por finalidad prestar una garantía, de donde resulta entonces, un interés para el acreedor, que es el de asegurarse de que será satisfecho el crédito afianzado. De este modo, el contrato de fianza en materia civil celebrado entre el acreedor y el fiador, tiene como características jurídicas el de ser un contrato: accesorio, consensual, generalmente unilateral y excepcionalmente bilateral, gratuito u oneroso y aleatorio.

a).- El carácter accesorio de la fianza resulta del hecho de que siempre previamente debe existir una obligación principal a la cual sirve de garantía, por lo que de este modo, no tiene una existencia autónoma plenamente. El Código-civil al hablar de la fianza en el artículo 2794 está condicionando la realización de la obligación del fiador al hecho de que no pague el deudor principal. Esto lo corroboramos más adelante con lo que dispone el artículo 2797 que reza de la siguiente manera: "La fianza no puede existir sin una - - obligación válida", es claro este artículo, pues si el objeto de la obligación del fiador es garantizar una obligación-ajena, es obvio que existirá en tanto exista dicha obliga- -ción, pues no se concibe la existencia de la fianza si no es unida a la obligación principal que garantiza.

b).- Es consensual el contrato de fianza en atención a- que él se perfecciona con la manifestación de voluntad del --

acreedor y del fiador, teniendo de propio que es innecesaria la realización de formalidad alguna para que pueda existir -- este contrato, pues el Código Civil no lo señala. Es por -- tanto, el consentimiento de las partes que contratan el que -- hace producir los efectos jurídicos del caso.

c).- Es unilateral en razón de que solamente el fiador -- aparece como deudor frente al acreedor, quien en realidad no asume ninguna obligación ante el fiador, salvo algún caso -- excepcional. La obligación así nacida para el fiador, es de tipo personal y exclusiva, pues al garantizar personalmente -- la obligación principal, lo hace exponiendo todo su patrimonio con el cual viene a respaldar dicha deuda que en un momento dado haya contraído; pero de este modo, no cabe duda -- que en este caso viene a asumir una responsabilidad de tipo -- subsidiaria al realizarse el incumplimiento del deudor principal; por lo que, al no haber una garantía suficiente para -- el acreedor no podrá éste aceptar al fiador, es decir, al no tener una capacidad solventicia el sujeto fiador, no podrá -- realizarse este contrato.

d).- Es bilateral se dice, pero esto es discutible, ya que la bilateralidad se da cuando las partes se obligan recí -- procamente, sin embargo, para el caso de que así se presente con este carácter, forzosamente deberá ser así convenida la fianza entre el fiador y el acreedor.

e).- Es de carácter gratuito el contrato de fianza cuando así sea convenida entre las partes contratantes, ya que -- el artículo 2795 señala que puede ser gratuita. En este sentido, el contrato se presenta con un carácter unilateral, -- pues así también lo viene a confirmar el artículo 1837 al -- disponer "... y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes". Esto es entendible, pues el provecho es para el acreedor en el caso de la fianza así prestada, y el fiador que así se obliga no percibe ninguna prestación, pues dicho servicio lo puede hacer con el carácter de amigo-

del deudor.

f).- Es oneroso el contrato de fianza en el caso de que así se hubiese pactado, ya que de este modo el fiador perseguirá una remuneración por la garantía personal que presta a favor del deudor y para la seguridad del acreedor. La retracción o prestación resultante del carácter oneroso de un contrato así celebrado a favor del fiador, puede ser determinable; pero en cambio, la prestación que se establezca a cargo del fiador y a favor del acreedor no puede ser determinable, sino hasta que se haga exigible la obligación principal. Cabe señalar aquí, que el Código Civil en el artículo 2799 señala un límite a la obligación del fiador, al disponer que el fiador podrá obligarse siempre a menos pero nunca más que la obligación del fiado (deudor principal).

Apoyamos la situación de que la fianza civil se puede presentar con el carácter oneroso porque así lo dispone el artículo 2795 en su parte final y el 1837 consigna que es oneroso un contrato cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

g).- Es aleatorio en razón de que la prestación del fiador depende de un acontecimiento incierto, por lo que ello hace imposible evaluar la ganancia o pérdida al momento de la celebración del contrato, lo cual solamente es posible a la realización del acontecimiento, según se desprende del Código Civil de su artículo 1838.

El Maestro Efrén Cervantes Altamirano agrega el carácter de la subsidiariedad, pero enfocado a la obligación del fiador y ello resulta cierto en razón de que el fiador sólo da la prestación en tanto no lo haga el deudor principal. Señala también que la obligación del fiador es subsidiaria siempre que para ello no se hubiere renunciado los beneficios de orden y excusión, de los cuales nos habla el Código Civil del artículo 2815 al 2827.

c) ELEMENTOS DE LA FIANZA CIVIL.

Se ha señalado que los contratos en general tienen como elementos esenciales el objeto y el consentimiento, por lo que así también diremos que los elementos esenciales del contrato de fianza son: el consentimiento y el objeto.

a).- El consentimiento.- Este deberá ser manifestado -- por el acreedor y por el fiador, ya que la voluntad del fiado (deudor principal) en realidad no es esencial, puesto que la fianza puede otorgarse sin que previamente deba manifestar su voluntad. El consentimiento que manifiesten las partes forzosamente deberá ser expreso, ya que el Código Civil no habla de que pueda ser en forma tácita.

Consideramos que el artículo 2794 señala claramente que para que pueda darse el contrato de fianza deberá darse el consentimiento de las partes, esto es, el acuerdo de voluntades que tenga por fin producir los efectos jurídicos consiguientes.

b).- Del objeto.- Podemos decir del objeto con base en el artículo 1824, que se trata de una obligación de dar, es decir, es objeto de este contrato la garantía que el fiador debe dar al acreedor, por lo que es claro que dicho objeto es la obligación a cargo del fiador, quien al prestar la garantía se constituye en obligado subsidiario para pagar al acreedor en el caso de que el deudor principal no cumpla con su obligación. No es de dudarse que la base para que dé la garantía el fiador, es su solvencia, es decir, la solvencia desde el punto de vista de su capacidad de pago, esto es, la garantía de hecho lo viene a constituir su patrimonio, que debe comprender solamente sus bienes que pueden ser susceptibles de ejecución (embargo).

Hablaremos ahora de otro tipo de elementos de este contrato, es decir de los elementos de validez del contrato de fianza. Estos elementos son requisitos para el contrato que

da tener plena validez, y ellos se desprenden interpretando a contrario sensu el artículo 1795 que reza: "El contrato puede ser invalidado: I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.- Por vicios del consentimiento; III.- Por que su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito; IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece." De este modo tenemos que el primero de los elementos de que habla este artículo es el de la capacidad, por lo que de ella nos toca hablar a continuación.

a).- De la capacidad hemos de decir, que en realidad la que exige el Código Civil es la general para celebrar cualquier contrato. Tenemos entonces que la capacidad para que una persona pueda ser fiador es por lo tanto la que señala el derecho común, por lo que la ley en realidad no exige en forma especial una capacidad en particular. Sin embargo, consideramos que las disposiciones del Código Civil si señalan una capacidad que tiene su base en lo económico; es decir, habla de una capacidad de pago del fiador puesto que así se hace -- presumir de lo que dispone el artículo 2802 que dice: "El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse."

Por ello resulta ser un requisito indispensable la solvencia del fiador, pues de otro modo dispone el artículo 2804 que si deviniere insolvente el fiador, el acreedor podrá pedir otro fiador que reúna dicho requisito. Más adelante el artículo 2850 corrobora esta posición, al consignar que una persona para que pueda ser fiadora necesita tener bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, los cuales deberán ser suficientes para que puedan garantizar la obligación contraída. Esta capacidad de pago del fiador se --

refiere principalmente a las fianzas que se otorguen por disposición legal o judicial; que son los tipos de fianzas de -- las que nos habla el artículo 2795. El Código Civil señala -- dentro de sus disposiciones ciertos y determinados casos de -- personas que por alguna situación en que se encuentran las -- considera incapaces, como en el caso de la mujer casada que -- no puede ser fiadora de su esposo, salvo con autorización judicial; lo cual se desprende del artículo 175 y además hay -- otros casos de los cuales nos hablan los artículos 436, 563 y 660 del Código Civil.

b).- Del consentimiento ya hemos hablado antes, pues -- encontramos que éste no sólo es un elemento de esencia sino -- también de validez, por lo que ese consentimiento sólo debe -- ser manifestado por los sujetos contratantes. Respecto de la voluntad del acreedor no hay problema, puesto que en realidad éste sujeta la manifestación de su consentimiento a la solvencia económica del fiador, ya que el interés previo del acreedor ante todo es el de asegurarse, de que con tal garantía se -- rá pagado. En cuanto al consentimiento del fiador es claro -- que debe ser en forma expresa puesto que la ley civil nada dice de que pueda ser en forma tácita; sin embargo por el contrario el consentimiento del acreedor si puede ser con ese carácter. Pero bien, el consentimiento del fiador tal parece -- que tiene un límite y de él nos habla el artículo 2799 que -- dispone que el compromiso del fiador no se puede extender más allá de la obligación del deudor; consecuencia de esto es que al haber manifestado su consentimiento en relación con el deudor principal, lógico es que no se extiende el mismo más allá de dicho compromiso contraído.

c).- La finalidad del consentimiento es la producción de efectos jurídicos, sin embargo, ese consentimiento puede -- estar viciado y ese vicio puede ser producido por error, por violencia o por dolo, según lo señala el artículo 1812.

El error ha sido considerado como una falsa o incomple

BIBLIOTECA CENTRAL

U. N. A. M.

ta consideración de la realidad, en tanto que la violencia es definida por el Código Civil en su artículo 1819 que al respecto dice así: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

En cuanto al dolo éste lo define el artículo 1815 del Código que venimos citando, diciendo que es aquel que se presenta cuando cualquier sugestión o artificio se emplea para inducir al error o para mantener en él a alguno de los contratantes.

d).- Del objeto, motivo o fin lícito. El objeto, motivo o fin de los contratos en general debe ser lícito, y serán ilícitos cuando tales actos sean contrarios a las leyes del orden público, o a las buenas costumbres, según se desprende del contenido de los artículos 1830 y 1831. De todo esto se concluye que siendo la fianza un contrato, forzosamente debe tener un objeto, un motivo o un fin lícito.

e).- De la forma. Respecto de este punto encontramos que el Código Civil no señala formalidad alguna para la realización de este tipo de figura, pues sólo es suficiente el consentimiento para que el contrato de fianza esté perfeccionado; sin embargo, en algunos casos se requiere una forma escrita, como en el caso de la fianza de empresa, pero en realidad como lo señala el distinguido Maestro Efrén Cervantes Altamirano es sólo para efectos de poder probar la celebración del contrato.

d) EXTINCIÓN DE LA FIANZA CIVIL.

La forma normal y natural de extinción de toda obligación es a través del pago o cumplimiento de la misma; de es-

te modo, tratándose de la fianza es claro que siendo un contrato accesorio de otro principal, lógico es que si cumplida la obligación principal queda extinguido, forzosamente con este acto también queda extinguida la fianza de inmediato como figura accesoria, ya que toda causa de extinción de la obligación principal origina la extinción de la fianza.

Pero para la extinción de la fianza se han señalado dos formas: a).- Por la vía accesoria o indirecta; b).- - Por la vía principal o directa.

a).- Por vía accesoria o indirecta. Ya hemos dicho insistentemente que extinguida la obligación principal desaparece también la obligación del fiador, en razón de que su compromiso tiene un carácter subsidiario, y ello resulta lógico, ya que no se puede concebir una fianza si antes no hay una obligación principal que se pueda garantizar, de tal modo que como lo señala el artículo 2842 la extinción de la obligación del deudor origina al mismo tiempo la del fiador.

Señalamos a continuación algunos casos por los cuales se extingue la fianza; por lo que tenemos que al realizarse el cumplimiento o el pago de la obligación principal trae como consecuencia su extinción y en este caso la fianza pierde su objeto y con ello se produce su extinción. El pago en este caso debe operar como causa de extinción de la obligación principal en forma definitiva.

La extinción de la obligación principal por novación también extingue la fianza, pero siempre que ésta no sea reservada para la nueva obligación con el consentimiento del fiador, pues si consiente en garantizar esa nueva obligación no se extingue la fianza.

La prescripción que ataca a la obligación principal favorece indiscutiblemente a la persona del fiador, puesto que se extingue su obligación.

La remisión de la deuda cuando sea concedida al deudor principal trae como consecuencia la liberación del fiador, -- siendo éste otro un caso más por el cual se extingue la fianza.

b).- Por vía principal o directa. La extinción de la fianza por esta forma se realiza en atención al compromiso -- personal del fiador, por lo que entonces a continuación señalamos algunas de las formas por las cuales se extingue la fianza en forma directa.

La forma normal de extinción directa de la fianza es -- por medio del pago hecho por el fiador al acreedor, aunque en este caso se presenta más bien una subrogación del acreedor -- al fiador.

La confusión produce la extinción de la fianza en forma directa cuando las calidades de acreedor y del deudor se -- confunden en una misma persona, lo mismo cuando sucede entre fiador y acreedor o entre deudor y fiador, aunque sin embargo hace presumirse que subsiste en estos casos la obligación -- principal; de ello nos hablan los artículos 2206 y 2843 del -- Código Civil.

La remisión de la deuda que se haga al fiador hace necesariamente que se extinga la fianza, aunque también puede -- subsistir la obligación principal según el artículo 2209 del -- Código mencionado.

La compensación que se realiza entre el acreedor y el fiador produce la extinción de la fianza, aunque también puede dejar subsistente la obligación principal, esto según el -- artículo 2185.

Otros casos de extinción que señala la ley son cuando el acreedor concede prórroga o espera al deudor en el cumplimiento de la obligación; por otra parte cuando el fiador se -- obliga por tiempo determinado, también resulta beneficiado -- por la caducidad.

CAPITULO III

LA FIANZA MERCANTIL Y LA FIANZA DE EMPRESA

a).- LA FIANZA MERCANTIL Y SU REGULACION EN EL DERECHO MEXICANO.

Hemos de empezar el presente capítulo diciendo que antes de hablar de la existencia de la fianza de empresa, forzosamente debemos hablar en forma previa de lo que es la fianza mercantil; por lo que de este modo cabe señalar que nuestro actual Código de Comercio de 1889 no contiene un capítulo en el que regule de una manera especial la fianza mercantil.

Nos hemos preguntado si realmente el legislador ha regulado la fianza mercantil, por lo que para ello recurrimos a los códigos que en materia de comercio se han dictado y regido en México; y de este modo encontramos, que de los tres Códigos que se han dictado en materia de comercio en México, es decir, del de 1854, 1884 y 1889, solamente el de 1854 reguló a la fianza mercantil de una manera especial y concreta, señalándole un capítulo dentro de su contenido dispositivo, pero sólo cuatro artículos le dedica a tal figura y empieza señalando que se reputará mercantil una fianza cuando tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato de comercio. - Por lo que tenemos que el Código de Comercio de 1854 regula -

la fianza mercantil en el Título IV, al hablar "DE LAS FIANZAS DE COMERCIO", siendo los artículos que le dedica los siguientes:

"Art. 311.- Se reputa mercantil la fianza cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato de comercio.

Art. 312.- El contrato de fianza mercantil debe constar por escrito: sin este requisito no tendrá ningún valor ni efecto.

Art. 313.- El fiador no podrá exigir a su fiado retribución ninguna por la responsabilidad que contrae en la fianza, a no ser que la hayan pactado expresamente.

Art. 314.- En el caso de haberse pactado retribución, no podrá el fiador reclamar el beneficio que por derecho común se concede a los fiadores para ser relevados de las obligaciones fiduciarias, que habiéndose contraído sin tiempo determinado, se prolongan indefinidamente".

Realmente las disposiciones dictadas en este código - para la regulación de la fianza mercantil fueron muy pocas, - pero quizás la razón que se dé a ello sea la de que para ese tiempo el legislador le dio poca importancia a esta figura; - sin embargo, la práctica y el transcurso del tiempo demostraron la necesidad de ampliar las disposiciones para la reglamentación de los nuevos casos de afianzamiento que se vinieron presentando, pero ello no se hizo en los códigos de comercio posteriores en los cuales el legislador ya no señaló un capítulo especial para la reglamentación de la fianza mercantil, sino que la intención tal parece que fue en el sentido - de dejar tal regulación a una ley especial que se encargaría de reglamentar un tipo o especie de fianza mercantil, es decir, lo que hoy se llama fianza de empresa, pero para ello hubieron de dictarse primero una serie de decretos que sentaron

las primeras bases para este tipo de operaciones, como fue el decreto de fecha 3 de junio de 1895, en el cual se autorizó - por primera vez al Ejecutivo de la Unión para que otorgara - concesiones a las compañías que se dedicaran a la realización de afianzamientos en el manejo de funcionarios y empleados públicos. Pero verdaderamente la primera ley que reglamentó para esta época lo que hoy se llama fianza de empresa, fue la expedida el 24 de mayo de 1910; sin embargo, dicha ley más bien se refirió a las compañías de fianzas, puesto que el interés del gobierno ha sido desde esa época el de controlar y vigilar las actividades de este tipo de instituciones para la seguridad del público.

Pero volviendo a la fianza mercantil de la que propiamente estamos hablando, es de señalarse que realmente nuestras actuales leyes en materia de comercio nada dicen de la fianza mercantil y concretamente el Código vigente de 1889 en el que no encontramos también un concepto sobre tal figura; por lo que entonces podía pensarse que el legislador quiso dejar a lo que es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas la exclusividad del único tipo de fianza mercantil y por lo mismo no consideró la posibilidad de otro tipo o especie distinta de ésta. Y también se podría decir que otra razón fue la de que existiendo la fianza civil el legislador consideró que cualquier otro tipo de fianza que se presentara en la práctica se regularía por el Código Civil, puesto que el Código de Comercio se remite a él como supletorio para el efecto de lagunas que se presenten en su contenido dispositivo.

Ahora bien, ello no resulta cierto ya que para atribuirle la calidad de mercantil, pensamos que se debe partir - siguiendo los siguientes criterios, es decir, para determinar la mercantilidad de la fianza hay que atender a las dos situaciones siguientes:

- 1) A la calidad de los sujetos que intervienen en la

celebración del contrato de fianza, o sea, será mercantil la fianza en atención a que los sujetos contratantes que intervienen son comerciantes, esto es, estamos partiendo desde un punto de vista netamente subjetivo.

2) Al hecho de que la obligación afianzada sea de naturaleza mercantil, es decir, que la obligación que resulta del contrato principal que origina a la fianza sea de naturaleza esencialmente mercantil. Pensamos que en este caso la calidad de mercantil de la fianza depende o bien del contrato principal o del hecho de que la obligación que deriva de él sea de tal naturaleza. En este caso la fianza resulta mercantil por el carácter accesorio de dicha figura, puesto que debe existir previamente la obligación principal para que pueda existir la obligación fiadora.

Las formas anteriores para determinar la mercantilidad de la fianza las hemos señalado partiendo de un punto de vista muy general; por lo que ahora vamos a ubicarla de acuerdo a la clasificación que de actos de comercio hace el muy respetable Maestro Fernando Ojesto Martínez.

(CLASIFICACION QUE DE ACTOS DE COMERCIO HACE EL MAESTRO FERNANDO OJESTO MARTINEZ AL EXPONER LA CATEDRA DEL PRIMER CURSO DE DERECHO MERCANTIL)

1.- Bilateralmente
Mercantiles

a) Absolutamente
Mercantiles

1.- Títulos de Crédito (Art. 75
Fracción III sólo por lo --
que se refiere a las accio-
nes y obligaciones de la So-
ciedades Mercantiles IV, --
XVIII, XIX y XX.- Art. 1 y
5 de la Ley de Títulos y --
Operaciones de Crédito)

ACTOS DE
COMERCIO

b) De Mercantilidad
Condicionada

1.- PRINCIPALES

II.- Unilateralmente
Mercantiles

2.- ACCESORIOS

2.- MAESTRO DE LA CATEDRA DEL PRIMER CURSO DE DERECHO MERCANTIL.- SR. LIC. FERNANDO OJESTO
GRUPO 5o.

1. Principales
- a. Por el sujeto
 - 1. Descuento de Créditos en Libros (Art. 288 a 290 de la Ley de Títulos de Créditos y Operaciones)
 - 2. Fideicomiso (346 a 359 L.T.C. y Operaciones)
 - 3. Seguro (75 Fracc. XVI y 812 a 880 C. Comercio 3 y 5 de la Ley del Contrato de Seguro).
 - 4. "Fianza de Empresa" (Art. 12 de la Ley de Instituciones de Fianzas)
 - 5. Depósito en Almacenes Generales (Frac. XVIII del 75 C. Comercio y 280 a 287 de la L.T.O.C.).
 - 6. Depósitos, Bancarios de Títulos (Art. 276 a 279 de la L.T.O.C.).
 - b. Por el fin
 - 1. Apertura de Crédito (Art. 291 a 301 L.T.O.C.)
 - 2. De la Cuenta Corriente (Art. 302 a 310 L.T.O.C.)
 - 3. De la Carta de Crédito (Art. 311 a 316 L.T.O.C.)
 - 4. De los Créditos de Habilitación, Avío y Crédito Refaccionario (321 a 333 L.T.O.C.)
 - 5. Todo acto jurídico con propósito de lucro que recaiga sobre bienes muebles, así como la compra-venta de inmuebles con el mismo propósito (Art. 75 Fracc. I y II C. Comercio)
 - 6. Operaciones Bancarias (75 Fracción XIV, C. Comercio)
 - 7. Actos relativos a la navegación (Ley de Navegación y Comercio Marítimo)
 - c. Por el objeto
 - 1. Todo acto encaminado a la creación, realización, desarrollo o liquidación de una empresa (Art. 75 Fracción V a XI C. C.)
 - 2. Las compras y ventas de porciones de las S. Mercantiles (Art. 75 Fracción III C. C.)
 - 3. Las Remesas de dinero de una plaza a otra (Art. 75 Frac. XIX C.C.)
 - 1. Actos constitutivos de las Sociedades Mercantiles (Art. 1 y 4 de la Ley de Sociedades Mercantiles)

3.- MAESTRO DE LA CATEDRA DEL PRIMER CURSO DE DERECHO MERCANTIL. SR. LIC. FERNANDO OJESTO.
GRUPO 5o.

2. "Accesorios"

1. Por la prueba directa de su conexión (Debe de probar el que sostenga su mercantilidad)

- a) Comisión mercantil (Art. 75 Fracc. -- XII C. C.)
- b) Mediación en los negocios mercantiles (75 - XIII C. C.)
- c) Depósito por causa de comercio (75 - Fracc. XVII C. C.)
- d) Préstamo (358 C. Comercio)
- e) Transporte (576 C. Comercio)

2. Por una presunción - "juris tatum". La carga de la prueba corresponde al que sostenga su naturaleza civil).

- a) Las Obligaciones de los comerciantes, a menos que se pruebe se deriven de una causa extraña al comercio (Art. - 75 Fracc. XX C. C.)

3. Por una presunción - "jure et de jure"

- a) Obligaciones entre comerciantes y banqueros (Art. 75 Fracc. XXI C. C.)

Así diremos, que el citado maestro al hablar de los - actos de comercio los clasifica en dos grupos: actos bilateralmente mercantiles y en unilateralmente mercantiles. Pero de los dos grupos el que particularmente nos interesa es el - de los bilateralmente mercantiles, ya que dentro de ellos se encuadra a la fianza mercantil, por lo que estos se subdividen a su vez en absolutamente mercantiles y de mercantilidad condicionada. Dentro de los absolutamente mercantiles señala a los títulos de crédito y a los de mercantilidad condicionada los subdivide a su vez en principales y accesorios.

Los actos de comercio bilateralmente mercantiles, de mercantilidad condicionada principales, lo pueden ser: a) por el sujeto, b) por el fin, y c) por el objeto. Y consigna dentro de los actos de comercio de mercantilidad condicionada -- principales por el sujeto, a la fianza de empresa.

Tenemos pues, que partiendo de la clasificación que - de actos de comercio hace el citado Maestro y siguiendo su -- criterio señalaremos que la fianza de empresa se encuentra - ubicada dentro de los actos de comercio de mercantilidad condicionada principales por el sujeto, por lo que en este caso, para que exista tal figura forzosamente tiene que ser expedida por una institución afianzadora que previamente debe ser - autorizada por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como lo señala el artículo segundo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que reza: "Corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público - otorgar discrecionalmente la autorización a que se refiere el artículo anterior, la cual será intransferible".

Pero también cabe agregar en este caso a aquellas - - fianzas que son otorgadas por instituciones de crédito en los casos excepcionales que señala la Ley General de Instituciones de Crédito en su artículo 17, fracción IX, que previene -

que los bancos de depósito tienen prohibido otorgar fianzas o cauciones, salvo en aquellos casos en que no puedan ser atendidas por las instituciones especializadas por razón de su cuantía, pero para ello deberán obtener autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El artículo antes mencionado por lo que a nuestro interés respecta dice: "Art. 17.- A los bancos de depósito les estará prohibido: ... Frac. IX. Otorgar fianzas o cauciones, salvo cuando no puedan ser atendidas por las instituciones especializadas en virtud de su cuantía y previa autorización de la Secretaría de Hacienda. Estas garantías habrán de ser por cantidad determinada y exigirán como contragarantía una igual o mayor en efectivo o en valores de aquellos a que se refieren las fracciones V, VI, inciso C y VII del artículo 11".

La mercantilidad de las fianzas otorgadas en los casos anteriores está condicionada por el sujeto, dado que en el primer caso la efectuará una institución de fianzas y en el segundo, una institución de crédito, siendo ambos sujetos mercantiles.

Dentro de la misma clasificación de los actos de comercio de mercantilidad condicionada, accesorios, clasificaremos a la fianza mercantil que resulta de la celebración de comerciantes entre sí. Ello quiere decir, que la fianza viene a ser mercantil por derivarse de una mercantilidad accesoria, pero afectada por una presunción de mercantilidad "juris tantum", como es el caso que consigna el artículo 75 en su fracción XX, del Código de Comercio; pero también la fianza deviene mercantil cuando se celebra entre comerciantes y banqueros, tal es el caso que consigna la fracción XXI del mismo artículo 75 del Código de Comercio, afectándose en esta ocasión por una presunción de mercantilidad "jure et de jure".

Habiendo señalado lo anterior, vamos ahora a tratar -

de dar un concepto de lo que es la fianza mercantil, por lo - que si como ya dijimos la mercantilidad de la fianza deriva - de los sujetos que intervienen, de las obligaciones que se ga - rantizan o de los contratos que los originan, entonces dire - mos que la fianza mercantil, "es aquella que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación mercantil o con - trato mercantil, la que resulta del hecho de que la realice - una institución especializada o excepcionalmente una institu - ción de crédito, o aquella que resulta de la relación de suje - tos cuando estos son comerciantes".

Por otra parte, hemos pensado que también podía defi - nirse en este sentido: "como aquel contrato que se celebra en - tre comerciantes, o por una institución autorizada por el Go - bierno, o bien la que resulta del hecho de que tenga por obje - to asegurar un contrato u obligación de naturaleza mercantil.

Como podemos ver, en la primera definición para que - la fianza devenga mercantil es necesario que concurren uno de los tres elementos de la definición apuntada que a nuestro pa - recer se acerca a proporcionarnos el concepto de fianza mer - cantil.

Cualquiera de los tres elementos de la definición - - apuntada son base para que la fianza sea mercantil.

En relación con el primer elemento de nuestra defini - ción, o sea, la de que la obligación mercantil o contrato mer - cantil deberán ser de tal naturaleza para que la fianza resul - te a su vez de naturaleza mercantil. Es decir, le estamos - atribuyendo el carácter mercantil a la fianza que garantiza - una obligación mercantil o contrato mercantil partiendo de la idea de accesoriedad, lo cual es propio en el contrato de - - fianza; o sea, que previamente debe existir la obligación mer - cantil como principal para los efectos de que pueda existir - posteriormente la fianza mercantil. Reafirmarnos esta idea -

aún más con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El caso, ya hemos dicho, que está contenido en el Art. 75, fracción XXIV del Código de Comercio, partiendo de una presunción "Juris Tantum".

Del segundo elemento, o sea, la institución afianzadora que debe forzosamente ser una "sociedad anónima" de nacionalidad mexicana y que debe cumplir los requisitos que exigen las leyes mercantiles en relación con su organización y funcionamiento. Es requisito previo el que obtengan autorización del Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien lo hará con un carácter discrecional. Obtenida la autorización podrán entrar a la vida comercial desarrollando las operaciones afianzadoras para el cual se les autorizó en forma exclusiva, personal y profesional. - Es importante señalar en relación con este elemento, que la fianza que así otorgan las instituciones autorizadas resulta mercantil en virtud de que así lo dispone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 12, que dice: "Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles..." Aquí la ley ya está señalando que la fianza deviene mercantil porque es otorgada por una institución especializada y autorizada para la realización de este tipo de operaciones, pues claramente lo señala el artículo anteriormente mencionado.

Insistimos aún más, dentro de la definición que esbozamos, la excepción en que una institución de crédito puede otorgar fianzas como lo señala el artículo 17, fracción IX de la Ley General de Instituciones de Crédito, por lo que ésta es la razón en la que nos fundamentamos para pensar que debíamos consignarla en la definición de la fianza mercantil.

El tercer elemento, esto es, que los sujetos deben

ser comerciantes para que la fianza sea de naturaleza mercantil, o sea, que en este caso atenderemos a la calidad jurídica de las personas que celebran el contrato de fianza y por lo mismo partimos de un criterio subjetivo. Pero hay que recordar que tal criterio es seguido por el Código de Comercio y por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues del primero ya hemos dicho anteriormente que el caso lo contiene en el artículo 75, fracción XXI, pero partiendo de una presunción "jure et de Jure", como lo señala el Maestro Fernando Ojeste Martínez. Respecto de la segunda es oportuno señalar, que también sigue el criterio subjetivista, ya que la fianza tiene el carácter mercantil porque el sujeto (institución) es autorizado profesionalmente para la realización de tales operaciones y porque así lo dispone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Según esto, a lo que hemos llamado segundo elemento, quedaría comprendido dentro del tercero en virtud de lo antes dicho.

b) EL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA, SU DENOMINACION Y SU DEFINICION

Hemos señalado ya que la fianza mercantil fue regulada por el Código de Comercio de 1854, conocido más como "Código de Lares"; por lo que tenemos entonces que fue el primero que reguló en México la fianza mercantil.

Posteriormente apareció lo que el Lic. Ruiz Rueda ha llamado "Fianza de Empresa", pero ella es para nosotros una especie de la fianza mercantil, derivando su mercantilidad del hecho de que sea realizada en la práctica por instituciones especializadas que previamente deben estar autorizadas para otorgar este tipo de fianzas en forma profesional por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En el desarrollo del presente capítulo hechos dicho, que de acuerdo con el cuadro de los actos de comercio del - -

Maestro Fernando Ojesto Martínez, la fianza de empresa queda ubicada como un acto de comercio de mercantilidad condicionada "principal" "por el sujeto"; siguiéndose de este modo un criterio subjetivista como lo señala el Maestro Efrén Cervantes Altamirano en su Tesis "La Fianza de Empresa", ya que se está atendiendo a la calidad jurídica de la persona que presta la fianza para atribuirle su carácter mercantil. Así pues nuestro ordenamiento sobre la fianza de empresa sigue en forma clara la corriente subjetivista; siendo México el país que siguiendo una política proteccionista del interés público ha dictado una ley especial que regula a las instituciones de fianzas y a sus operaciones que realizan.

El Lic. Luis Ruiz Rueda fue el primero que buscó el término apropiado para designar a las fianzas que eran otorgadas por las instituciones afianzadoras, por lo que por ello nos dice que en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1942 la llamó "FIANZA ONEROSA MERCANTIL", y dice que la llamó así al no tener éxito para encontrar otra denominación específica, adecuada. Tuvo razón el citado Maestro en llamarla así, ya que realmente es celebrada a título oneroso por las instituciones afianzadoras, prueba de ello es que así lo señala el artículo 7 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente, que expresa: "Sólo las instituciones de fianzas pueden otorgar habitualmente fianzas a título oneroso. . .". Este artículo no sólo señala que únicamente sean las instituciones de fianzas las que las otorguen con ese carácter, sino que establece la prohibición de que persona alguna la realice con tal carácter y además agrega que habrá una sanción pecuniaria para aquella que lo haga. Sin embargo, consideramos que hay una excepción a esta regla, que es la fianza que otorgan las instituciones de crédito de manera excepcional, y ello tiene su base en lo que dispone el artículo 17, fracción IX de la Ley General de Instituciones de Crédito, por lo que también cabe recordar que un contrato es oneroso cuando se es

tablecen provechos y gravámenes recíprocos entre las partes - contratantes.

Luis Ruiz Rueda señala que fue hasta fines de 1944 - cuando pensó en el nombre de "fianza de empresa" que por primera vez empleó en un artículo publicado en la revista "Jus" y cuyo título fue "El régimen publicista de las empresas de - fianzas", que para encontrar este nombre que consideró el más adecuado para las fianzas que sistemáticamente otorgan las so ciedades afianzadoras, hubo de inspirarse en dos fuentes, una doctrinaria y otra de simple estudio comparativo de derecho - sobre la materia.

Sin embargo, al haber visto el contenido de la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, nos hemos dado cuenta, que el término que usa en forma generalmente constante al hablar de las instituciones que se dedican a la realiza- - ción de las operaciones afianzadoras es el de -instituciones de fianzas-; y propiamente el término "empresa" lo utiliza - cuando se refiere a las instituciones o compañías extranjeras, como en el caso del artículo 33 que al hablar de reafianza- - miento dice: "El reafianzamiento con motivo de fianzas que no excedan el margen de operación, podrá contratarse con empre- - sas extranjeras..."

Son entonces las instituciones de fianzas las que de manera exclusiva otorgan o realizan este tipo de contrato de fianza mercantil, que la ley establece y cuya concesión conce- - de el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, permitiéndoles de este modo a tales ins tituciones la realización de esta función especializada de ga- - rantía personal. Por todo lo dicho anteriormente, creemos - que de cualquier manera no hay problema en cuanto al término utilizado para denominar a este tipo de fianza.

Es importante señalar que el Maestro Efrén Cervantes

Altamirano denomina su tesis "La Fianza de Empresa", sin embargo, el Capítulo II de la misma lo intitula "ANTECEDENTES - SOBRE LA FIANZA DE COMPAÑIA", donde encontramos claro que califica la fianza que otorgan las instituciones autorizadas como "fianza de compañía"; sin embargo, verdaderamente estas dos palabras tienen su diferencia, ya que la empresa se entiende desde el punto de vista mercantil "como el conjunto de tra bajo, elementos materiales y valores incorpóreos coordinados para ofrecer, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes y servicios". Este concepto es señalado por Rafael de Pina en su libro "Diccionario de Derecho". Se ha definido también el término empresa, como la organización económica apta para lograr la producción en serie de bienes para el mercado o bien de servicios. También encontramos que la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en su artículo 127 lo desglosa - pero refiriéndolo a la empresa marítima. La palabra "compañía" se entiende, como aquella sociedad constituida para la realización de un servicio público.

El fundamento para considerar que la fianza de empresa es un contrato lo encontramos en la misma Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 en su Capítulo II, cuando habla de las "OPERACIONES" en el artículo 12 que dice: "Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria".

No sólo este artículo, sino otros de la misma ley como el artículo 2 señalan que la fianza de empresa es un contrato, pero es importante señalar en esta ocasión, que realmente la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no señala un capítulo especial para regular dicho contrato, ni tampoco hay

ley alguna que lo reglamente como en el caso concreto de la "Ley del Contrato de Seguro", es decir, consideramos que debe haber una ley que regule el contrato de fianza de empresa. El artículo señalado anteriormente está sosteniendo también la calidad mercantil de este contrato, sin importar las partes que intervengan, lo cual es obvio, pues es una institución especializada a la que se le ha dado la exclusividad de la realización de estas operaciones o contratos.

La práctica de este contrato mercantil es exclusivo de las instituciones de fianzas, a las cuales a su vez, la ley les señala la forma de sociedad bajo la cual deberán constituirse, según se desprende de lo que dice el artículo 3 de la ley de la que estamos hablando, que a la letra dice: "La autorización sólo podrá otorgarse a sociedades anónimas de nacionalidad mexicana, que además de haber cumplido los requisitos exigidos por la legislación mercantil, satisfagan los siguientes:

I.- Tendrán por objeto único otorgar fianzas en los términos del artículo primero de esta ley;

II.- Su capital social mínimo será de un millón quinientos mil pesos íntegramente pagados;

III.- Su duración será indefinida.

Las instituciones de fianzas podrán emitir acciones no suscritas que se conservarán en la caja de la sociedad, las que serán entregadas a los suscriptores contra el pago total de su valor nominal y de las primas que en su caso, fije la sociedad. Con el importe de estas primas se constituirá una reserva, que podrá ser capitalizada". (El párrafo siguiente se adicionó por decreto del año 1965).

"En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, gobierno o dependencias -

oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales, sea cual fuere la forma que revistan, directamente o a través de interpósita persona".

Encontramos pues, que este artículo señala la forma - que deben adoptar las instituciones de fianzas; por lo que dice, que deberán constituirse bajo la forma de "sociedad anónima", pero que deberán ser de nacionalidad mexicana y por lo tanto, no podrán sociedades anónimas extranjeras constituirse como instituciones de fianzas.

Este artículo establece la condición de que para que el Gobierno Federal otorgue la autorización a estas sociedades, previamente deberán cumplir con los requisitos que exige la legislación mercantil en forma general y los de la ley de la materia.

Dispone también, que es objeto único de las sociedades así autorizadas, el otorgar fianzas en los términos del artículo primero, es decir, que pueden realizar estas operaciones pero con el carácter oneroso y por lo tanto no podrán realizarlas bajo otro carácter que no sea el señalado. El carácter oneroso del contrato de fianza que otorgan estas instituciones especializadas, lo confirma el artículo 7 que dispone en su primera parte: "Sólo las instituciones de fianzas -- pueden otorgar habitualmente fianzas a título oneroso..." En tonces, toda fianza que sea expedida por una institución afianzadora autorizada por el Gobierno Federal será siempre a título oneroso, y dice claramente el mismo artículo, que solamente tales instituciones podrán expedirlas con dicho carácter; ya que en la parte siguiente del artículo, prohíbe que puedan ser realizadas por otras personas y que en el caso de que las lleguen a practicar serán sancionadas con multa que irá de los mil a los diez mil pesos y establece que en caso de reinci

dencia habrá una pena mayor. Pero hay que recordar que sí - hay un caso especial en el cual una institución de crédito -- puede otorgar este tipo de fianzas a título oneroso, a pesar de que realmente no lo haga en forma habitual como institución afianzadora, sino como institución de crédito con base - en lo dispuesto en el artículo 17 fracción IX de la Ley General de Instituciones de Crédito.

Hemos pensado esbozar un concepto o definición que se adecúe a lo que es la fianza de empresa como contrato, por lo que para ello hemos tomado en cuenta a la persona que autorizada por el Gobierno Federal la realiza en forma profesional o habitual, y además, al sujeto que aparece como fiado, pero que realmente en un primer momento es para la institución - - afianzadora un solicitante.

Tenemos entonces, que podemos definir a la fianza que otorgan las instituciones autorizadas por el Gobierno como: - "EL CONTRATO POR EL CUAL UNA INSTITUCION DE FIANZAS SE COMPROMETE A GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION DETERMINADA FRENTE A UN TERCERO, PARA EL CASO DE QUE EL FIADO NO LA-CUMPLA, QUIEN A SU VEZ SE COMPROMETE A PAGARLE UNA PRIMA POR-LA GARANTIA PRESTADA".

Cabe señalar al respecto, que el Maestro Luis Ruiz - Rueda propone como él mismo señala una definición legalista, pues la consigna en el artículo primero de su "contraproyecto" para el sistema de "Proyecto de Código de Comercio" (Libro cuarto, Capítulo once), que dice así: "LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPITULO SOLO REGIRAN LAS FIANZAS OTORGADAS POR LAS - SOCIEDADES LEGALMENTE AUTORIZADAS PARA GARANTIZAR A TITULO - ONEROSO, PERSONAL Y PROFESIONALMENTE, DEUDAS AJENAS". Con el mejor de los respetos hacia este distinguido estudioso de la materia que nos ocupa, creemos que con el concepto que expone realmente no define el contrato de fianza de empresa sino que

lo que se hace en tal artículo es solo describir en forma concreta o concisa los elementos que como contrato tiene dicha figura jurídica, y ya él mismo lo señala en su libro "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio".

c) ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA.

Sabido es que para la existencia de todo contrato se requieren los elementos esenciales siguientes: El consentimiento, objeto y la forma en los casos que así lo requieran las leyes.

La fianza de empresa como contrato requiere entonces de la existencia del consentimiento, entendiéndose por tal, el acuerdo de voluntades que forzosamente debe realizarse entre las partes contratantes, que en este caso será por un lado la de la institución afianzadora y por el otro la del fiado (solicitante en principio). Esto quiere decir, que el contrato de fianza de empresa se perfecciona en la medida en que las partes manifiestan su voluntad de obligarse, voluntad que sin duda deberá estar libre de vicios. Estas manifestaciones de voluntad deberán ser recíprocas y en un punto común y en un cierto momento.

El consentimiento de la institución afianzadora será el de otorgar la fianza y como consecuencia, el de comprometarse a garantizar la deuda ajena, es decir, el de obligarse a pagar por el fiado para el caso de que éste no lo haga. El consentimiento del fiado será en el sentido de estar de acuerdo con la fianza que se le preste y con la prima convenida que deberá pagar a la afianzadora. Es de señalarse a este respecto, que en la fianza civil la voluntad de fiado no tiene trascendencia en la celebración del contrato de fianza.

El otro elemento esencial de este contrato es el objeto, el cual deberá ser lícito y posible; y generalmente, el ---

objeto de todo contrato lo es la obligación y el objeto de esta lo es una prestación, que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

De este modo, el Licenciado Luis Ruiz Rueda señala -- que el autor italiano Pacchioni G. en su libro "Diritto Civile" consigna que "El objeto de las obligaciones que surgen de un contrato, siempre lo constituye una prestación (dare, facere, praestare) que a su vez tiene por objeto una actividad o el resultado de una actividad del deudor. Así pues, las cosas jamás constituyen el objeto directo de un contrato, sino sólo de una prestación que a su vez, ella misma es el objeto de una obligación creada por el contrato".

De lo dicho por este autor, el Licenciado Ruiz Rueda sostiene que "Es obvio que la prestación de garantía no constituye un facere, aunque la obligación principal garantizada si pueda consistir en hacer algo. La prestación de garantía, objeto de la obligación accesoria del garante, es evidentemente distinta de la prestación que constituye el objeto de la obligación principal garantizada, a un grado tal, que con la ejecución de la obligación accesoria, "el acreedor no obtendría ya la prestación, sino el valor de la prestación omitida, lo que tanto conceptual como prácticamente, es cosa muy diversa".

En atención a lo señalado anteriormente hemos de concluir, que el objeto del contrato de fianza de empresa lo -- constituye una "prestación de garantía", o sea, que el objeto de este contrato será para la institución de fianzas el de garantizar el cumplimiento de una obligación en forma personal y distinta de la obligación principal garantizada.

Invocando a autores italianos como Pacchioni, Donati, Ravazzoni, el Licenciado Luis Ruiz Rueda sostiene que la prestación de garantía por medio de la fianza de empresa, no cons

tituye un faccre y que las prestaciones de garantía no siempre llegan hasta un dare, como en el caso de las obligaciones principales futuras, en que no se hace exigible su pago, porque no se realiza la condición suspensiva a que están sujetas. Considera pues, que se trata de una deuda de praestare la obligación que contrae la institución fiadora, pero señala que la doctrina debate este punto, y que hay autores que niegan la existencia de una categoría de deudas que tengan por objeto un "praestare", a la cual consideran que está de más. Y citando a Pacchioni dice que el término "praestare" etimológicamente viene de praes-stare que significa constituirse garante de la realización de un determinado hecho.

Ruiz Rueda, llega a la conclusión de que el contrato de fianza de empresa no es un contrato de prestación de servicios, y ello es cierto, ya que la institución fiadora realmente no presta ningún servicio, pues realiza tales operaciones en forma profesional y obteniendo un lucro.

Respecto de la forma como elemento esencial de este contrato en realidad la ley nada dice, por lo que se sigue la regla general de que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del acto comercial se requiera la observancia de formalidad alguna; sin embargo, la fianza de empresa debe contratarse por escrito, pero ello sólo se exige para los efectos de probar en un momento dado la celebración del contrato.

En relación con los elementos de validez del contrato de fianza de empresa es de señalarse, que nos remitimos a lo dicho en la fianza civil, puesto que las disposiciones del Derecho Civil sobre capacidad de los contratantes y causas que invalidan a los contratos son aplicables también a los actos mercantiles, pero claro, atendiendo primero a lo dispuesto por la legislación mercantil.

d) DE LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DE LA FIANZA DE EMPRESA.

Del concepto que sobre el contrato de fianza de empresa hemos expuesto anteriormente, y aún del concepto que vierte el propio Licenciado Ruiz Rueda, se derivan tres elementos específicos de la fianza de empresa y que son los siguientes:

- a) La garantía de la deuda ajena o prestación del fiador;
- b) La prima o prestación que debe pagar el estipulante;
- c) La empresa, institución u organización económica.

El primer elemento lo llama el Licenciado Luis Ruiz Rueda prestación del fiador o garantía personal, porque dice que es común a las dos especies de fianzas, es decir, a la civil y a la de empresa, ya que las dos son contratos de garantía personal y por lo mismo, con ello se precisa la prestación (obligación) de la institución afianzadora y se diferencia de los demás contratos de garantía.

Tenemos pues, que la garantía de pago de la deuda ajena o prestación del fiador, en este caso institución de fianzas, siempre tiene por fin garantizar el cumplimiento de una obligación frente a un tercero, que podemos llamar beneficiario, y el cual puede ser un particular (persona moral o física), o bien una autoridad, de modo que las fianzas que así otorguen estas instituciones autorizadas, garantizarán siempre una deuda ajena y nunca la propia, y por lo mismo, una institución de fianzas no puede ser fiadora de sí misma.

Del segundo de los elementos podemos decir, que necesariamente debe existir en la fianza de empresa, ya que las instituciones afianzadoras otorgan este tipo de fianzas con un carácter oneroso, por disposición expresa de la ley de la materia, como lo señala el artículo séptimo.

La prima que debe pagar el estipulante o contratante de la fianza a la institución afianzadora, está sujeta a las tarifas que aprueba la Secretaría de Hacienda, pudiéndose establecer en la misma máximos y mínimos como lo señala el artículo 81 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Algunos de los demás artículos que se refieren a la prima, son entre otros, los siguientes: 40 Fracción XX, 48 Fracción I, - 72, 81, 92, y el reglamento que se consigna en la misma ley, que establece las bases para calcular el límite de las responsabilidades que asuman las instituciones de fianzas, mediante el otorgamiento de las mismas.

Difiere la fianza de empresa de la fianza civil en -- cuanto a este elemento específico, en que la primera necesariamente debe ser onerosa, aunque la segunda puede ser gratuita u onerosa, pero que realmente por regla general tiene como característica el ser gratuita.

El tercer elemento específico lo es la institución de fianzas o empresa, entendida ésta como una organización económica, que como hemos repetido ya anteriormente debe tener la autorización del Gobierno.

Lo anterior lo corroboramos con lo que dice el Lic. - Luis Ruiz Rueda al hablar del tercer elemento específico cuando señala: "Es la empresa, o sea, una organización económica apta para otorgar estas garantías personales, sistemática, - profesionalmente y con autorización estatal para ello".

En relación con la institución de fianzas ya hemos hablado anteriormente, con ocasión de la denominación de la - - fianza de empresa.

Queremos señalar que en la práctica los contratos que celebran las instituciones de fianzas en relación con las operaciones que estas realizan, es decir, por las fianzas que -- otorgan o prestan, realmente se presentan como contratos de -

adhesión, puesto que las instituciones realizan tales contratos a través de formas o machotes a las cuales tiene que adherirse el solicitante o fiado en su caso. En las mismas formas, las instituciones señalan las cláusulas bajo las cuales el solicitante (fiado en su caso) debe celebrar el contrato de fianza que otorgan las instituciones afianzadoras.

El Lic. Luis Ruiz Rueda, hace alusión precisamente al hecho de que el contrato de fianza de empresa lo realizan como un contrato de "adhesión" cuando dice: "De tales principios deriva después el régimen propio de un contrato de adhesión, puesto que las modernas empresas requieren la producción en serie, aunque como en este caso y en el de las aseguradoras, esa producción deba ser de actos jurídicos uniformes; uniformidad que sólo se logrará mediante la predisposición por el empresario de esos clausulados que se conocen con el nombre de condiciones generales de contrato y que son el contenido invariable de éste".

Verdaderamente el Lic. Ruiz Rueda tiene mucha razón en lo que señala, ya que en la práctica suceden tales situaciones.

e) CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA.

El contrato de fianza de empresa celebrado entre la institución de fianzas y el fiado o deudor principal, no necesita intervención del acreedor, quien sólo aparece como un tercero beneficiario en la celebración del contrato que celebran las partes contratantes anteriormente citadas. Es de señalarse que las partes contratantes en este contrato, son distintas de las partes que intervienen en el contrato de fianza civil, ya que en este contrato participa por un lado la persona fiadora y el acreedor, pero en él no se requiere la participación del fiado, o sea, que su consentimiento no tiene trascendencia en este tipo de contrato de fianza.

En el contrato de fianza de empresa podemos señalar - como caracteres jurídicos los siguientes: es accesorio, consensual, esencialmente bilateral, oneroso y aleatorio.

a). Accesorio.- Es accesorio porque presupone la existencia de otro contrato principal para que pueda tener vida, lo cual quiere decir, que no puede haber contrato de fianza, en tanto no exista el contrato principal. El carácter accesorio lo señalamos pero no pensando en el sentido de dependencia, sino en cuanto a que el contrato principal es el motivo para que exista tal garantía personal.

b) Consensual.- El contrato de fianza de empresa celebrado entre la institución de fianzas y el fiado o deudor principal, es de carácter consensual, porque se perfecciona con el consentimiento de las partes contratantes, ya que no necesita que se realice atendiendo a forma determinada, aunque la forma escrita que señala la ley es sólo para los efectos de probar que se celebró el contrato de fianza de empresa, como lo señala el Lic. Efrén Cervantes Altamirano.

c) Bilateral.- Es un contrato bilateral, puesto que las partes se obligan recíprocamente a diferencia del contrato unilateral en que una sola de las partes se obliga en relación con la otra que no queda obligada. En el contrato de fianza de empresa, ya dijimos que las partes son por un lado la institución de fianzas, y por el otro el fiado o deudor principal. Ahora bien, la institución afianzadora contrae la obligación de dar la fianza al tercero, es decir, se obliga a pagar al acreedor en los términos convenidos y a la vez, tiene el derecho de cobrar la prima correspondiente de acuerdo con la tarifa que haya sido expedida por la Secretaría de Hacienda.

El fiado o deudor principal se obliga a pagar la prima correspondiente pero a la vez, tiene el derecho a que la -

institución afianzadora le dé la garantía a que se obligó. La bilateralidad consiste pues, en una prestación y en una contraprestación recíprocas.

d) Oneroso.- El contrato que otorgan las instituciones de fianzas siempre es oneroso, porque así lo dispone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en sus artículos:

"Artículo 10.- Institución de fianzas es una sociedad anónima, autorizada previamente por el Gobierno Federal para otorgar fianzas a título oneroso".

El artículo 7 de la misma ley corrobora tal carácter cuando dice: "Sólo las instituciones de fianzas pueden otorgar habitualmente fianzas a título oneroso...". En atención a lo señalado se debe entender que los contratos de fianzas que celebren las instituciones afianzadoras siempre tendrán el carácter oneroso. Lo oneroso, es en el sentido de que hay provechos y gravámenes entre las partes, por lo que en este caso los contratantes se procuran entre sí beneficios.

e) Aleatorio.- Es aleatorio el contrato que celebra la institución afianzadora y el fiado en virtud de que hay variabilidad e indeterminación en cuanto al monto de las obligaciones convenidas.

CAPITULO IV

¿EXISTE LA SOLIDARIDAD FIADORA DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS?

a).- LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO CIVIL

Antes de hablar de si existe o no la solidaridad fiadora de las instituciones de fianzas, nos debemos referir a la existencia de la --solidaridad-- en el Derecho Civil, ya que el derecho común es por disposición de las leyes mercantiles un derecho supletorio sobre esta materia en relación con la existencia de lagunas en tales leyes. Es de señalarse al respecto, que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece la supletoriedad del Código Civil en lo que a fianzas se refiere en el artículo 113. Hacemos referencia a ello, porque la solidaridad es regulada en el Código Civil vigente del artículo 1987 al 2010, dentro del Capítulo IV que habla de -- las obligaciones mancomunadas.

Podemos decir entonces, que en principio la base primera para poder hablar de una posible solidaridad fiadora de -- las instituciones de fianzas la encontraríamos en el Derecho Civil; por lo que para ello hemos consultado el Código Civil vigente, y tenemos, que la solidaridad la regula en su artículo 1987 que a la letra dice: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en

su totalidad, la prestación debida".

Ahora bien, respecto de la solidaridad el Maestro Ernesto Gutiérrez y González señala un concepto en su libro -- "Derecho de las Obligaciones" que es el siguiente: "La solidaridad se presenta cuando hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, en una obligación, y no obstante ser - divisible el objeto de ésta, cada acreedor puede exigir el - todo del objeto, y cada deudor debe pagar todo el objeto".

De este concepto que señala el citado Maestro se des- prenden tres formas o especies de solidaridad que son: Acti- va, pasiva y combinada o mixta. La existencia de las dos -- primeras lo establece claramente el artículo 1987, y de la - tercera nos habla el Maestro Gutiérrez y González al señalar el concepto de la solidaridad. En relación con el término - con que califica a esta tercera especie, consideramos que no es el apropiado, puesto que mixto significa mezclar y no pue- de entenderse una relación en que se presenta por un lado un acreedor y un deudor juntos frente a otro acreedor y otro -- deudor, por lo que podemos proponer que el término apropiado sería en todo caso, "solidaridad combinada".

Para que se presente una de las tres especies, es in- dispensable atender a la pluralidad de los sujetos que se -- obligan solidariamente; por lo que de esta manera, habrá so- lidaridad activa cuando haya una pluralidad de acreedores y la presencia de un solo deudor. Por otro lado, se dará la - solidaridad pasiva cuando haya la presencia de pluralidad de deudores y exista un solo acreedor. Y habrá la tercera espe- cie, es decir, la solidaridad combinada o mixta cuando haya- la presencia por un lado de pluralidad de acreedores y por - el otro pluralidad de deudores en forma simultánea y dentro- de la misma obligación; dándose con ello una mancomunidad de deudores y una mancomunidad de acreedores al mismo tiempo.

Del concepto de solidaridad que nos da el Maestro Gutiérrez y González consideramos, que es claro que para que pueda existir la solidaridad se necesita que concurren ciertas condiciones o elementos que la hagan posible, como son:-- a).- Una pluralidad de deudores, de acreedores, o de ambos en su caso; b).- La unidad de una obligación única y c).-- La responsabilidad al pago total.

a).- Una pluralidad de deudores, de acreedores, o de ambos en su caso, según sea la especie de solidaridad que exista en un momento dado, ya que para considerar que existe una de dichas especies se debe atender a la pluralidad de vínculos de los obligados solidarios.

b).- La unidad de una obligación única, entendida en el sentido de que los acreedores podrán exigir el pago de una misma obligación y los deudores cumplir esa misma obligación única que hayan contratado; por lo que realizado el cumplimiento, quedará extinguida tal obligación para todos los demás obligados solidarios.

c).- La responsabilidad al pago total. La responsabilidad del deudor en la obligación solidaria será siempre al pago total, según lo señala el artículo 1987. Hay entonces para el deudor, la obligación de cumplir en forma total la obligación, y para el acreedor el derecho de exigir tal cumplimiento total a cualquiera de los deudores solidarios exigentes. Aunque el artículo 1989 dispone que el acreedor o acreedores en su caso pueden exigir de todos los deudores solidarios o de uno de ellos solamente, el pago total o parcial de la deuda, pero la obligación es para el deudor solidario la de estar obligado en forma total, como hemos dicho que dispone el artículo 1987.

b).- RAZONES Y CONSIDERACIONES POR LAS CUALES NO HAY SOLIDARIDAD FIADORA DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Con el objeto de llegar a conclusiones claras y precisas, hemos hecho un breve análisis de la solidaridad en materia civil.

Ahora bien, en principio como ya dijimos el fundamento para considerar que no puede existir solidaridad fiadora de las instituciones de fianzas lo debemos encontrar primeramente en el Código Civil, y nos referiremos a él, porque las leyes mercantiles y concretamente la ley que reglamenta a -- las instituciones de fianzas, señalan al Derecho Civil como materia supletoria para los casos que no se encuentren reglamentados dentro de sus contenidos dispositivos.

Pues bien, nos ponemos en la posición de negar la solidaridad de las instituciones de fianzas, en virtud de que el Código Civil dispone claramente al hablar de la solidaridad lo siguiente:

"ART. 1988.- La Solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes".

Consideramos que siendo el Derecho Civil supletorio del Derecho Mercantil el artículo citado resulta claro, por lo que la solidaridad no puede presumirse sino que para que exista es necesario que surja, ya sea por disposición de la ley, o bien, por la voluntad de las partes (cabe agregar que también puede existir en el caso de una herencia testamentaria, como lo señala el Maestro Gutiérrez y González). De modo tal, que si hablamos de la existencia de la solidaridad en las obligaciones que contraen las instituciones afianzadoras, se partiría solamente de una presunción, puesto que ni la ley lo dispone, ni lo convienen las instituciones de fianzas en sus contratos -solicitud que bajo la forma de machotes utilizan las instituciones citadas al realizar sus operaciones afianzadoras.

Hay en el Código Civil además, una serie de disposiciones que se refieren a la solidaridad, pero que chocan con el carácter que en un momento dado asume la institución afianzadora.

La intención en este capítulo es señalar que no hay solidaridad fiadora de las instituciones de fianzas, en razón de que el Proyecto de Código de Comercio, como lo señala el Lic. Luis Ruiz Rueda, consigna un artículo que establece que el fiador se obliga solidariamente; pero ello dice el Lic. -- Ruiz Rueda, se hizo tomando como inspiración el Código Civil Italiano de 1942. El artículo de tal proyecto es el siguiente: "Artículo 1026. La fiadora se obligará solidariamente y no gozará de los beneficios de orden y excusión".

La solidaridad como la señala tal artículo es en relación con el deudor principal, por quien ciertamente la institución afianzadora está asumiendo una obligación, pero tal -- institución no la asume con el carácter de obligado solidario, ya que la afianzadora no es parte contratante en el contrato principal que celebraron el deudor (fiado) y el acreedor, que sólo aparece como beneficiario frente a la institución de -- fianzas una vez que se ha celebrado el contrato de fianza de -- empresas.

El Lic. Luis Ruiz Rueda señala "Por otra parte, la -- fianza, sea civil o de empresa, necesariamente presupone la -- existencia de dos obligaciones: La principal, que con relación al fiador es ajena, y la accesoria, nacida del contrato de fianza, que es la propia del fiador."

Según lo señalado en este párrafo, la solidaridad es -- una contraposición a lo que es la fianza de empresa, pues es claro que en este tipo de fianzas siempre habrá dos obligaciones: Una principal y otra accesoria. La primera es indispensable para que pueda existir la segunda, ya que es la que surge del contrato de fianza que celebran en forma exclusiva las

instituciones de fianzas como parte fiadora. Es decir, en el contrato de fianza de empresa siempre habrá dos obligaciones, en tanto en la solidaridad, hay una sola obligación, en la cual cada uno de los deudores solidarios se encuentran obligados a realizar el pago en forma total.

El Lic. Ruiz Rueda analizando el artículo 1026 del Proyecto de Código de Comercio Mexicano en relación con el artículo 1944 del Código Civil Italiano llega a las siguientes consideraciones:

- 1.- Considera que la Tesis de la solidaridad fiadora del Derecho Italiano no puede trasladarse a México, pues dice, que los autores del Proyecto de Código de Comercio tuvieron una concepción que choca -- abiertamente con la italiana de que, solidaridad del fiador sólo quiere decir ausencia del beneficio de excusión.
- 2.- Una consideración que hace finalmente la dice en los siguientes términos: "Si lo que se ha buscado es expresar solamente que en la fianza de empresa, la fiadora carece de los beneficios de orden y excusión, bastaría decir esto y suprimir toda mención a una solidaridad imposible dentro del concepto que de la misma establece nuestro Código Civil".

Según vemos, el citado jurista llega a la misma consideración que nosotros, ya que señala claramente que es imposible la existencia de una solidaridad y que por lo tanto no hay justificación alguna para que se haya establecido tal solidaridad en el Proyecto de Código de Comercio en su artículo 1026.

c).- ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE LA SOLIDARIDAD Y LA FIANZA DE EMPRESA.

Hecho el estudio anterior, queremos señalar que los puntos de distinción o diferencias principales son entre otras

Las siguientes:

1.- Ya señalamos que es condición indispensable para que pueda haber solidaridad el de que haya la unidad de una obligación única, lo cual no sucede en la fianza de empresa, ya que en esta última hay dos obligaciones, siendo la segunda o accesoria la que corresponde a la institución afianzadora. Y esta obligación accesoria nace una vez que se ha celebrado el contrato de fianza de empresa.

2.- A pesar de que tanto la obligación solidaria como la obligación fiadora tengan ciertas causas de extinción comunes, en la segunda se dan dichas causas por razón de su naturaleza accesoria; pero la obligación fiadora tiene causas de extinción distintas, ya que tratándose por ejemplo de la prescripción de la obligación fiadora, ésta se extingue en un plazo de dos años, cosa que no sucede en la solidaridad.

3.- Es importante señalar que los obligados solidarios siempre son partes en el contrato en el cual se obligan frente al acreedor; en tanto que en el contrato de fianza de empresa, la institución de fianzas es la parte fiadora, pero no es parte en el contrato que se garantizó con su fianza.

4.- Todos los obligados solidarios se comprometen como primeros obligados frente al acreedor o acreedores; en tanto en el contrato de fianza la institución afianzadora se compromete a pagar, sólo para el caso de que el fiado o deudor principal no lo haga.

5.- Por la manera en que surgen estas figuras jurídicas tienen su diferencia, ya que la solidaridad surge desde el momento en que se crea la obligación; caso distinto en la fianza de empresa, ya que surge en la medida en que exista una obligación principal, a la cual se obliga la institución de fianzas a cumplir, para el caso de que no lo haga el deudor principal frente al acreedor en la primera obligación contratada. Sucede entonces, que por regla general el deudor

dor principal (fiado) viene a ser una de las partes contratantes en el contrato de fianza de empresa, ya que la otra parte siempre será la institución afianzadora. Dicho esto, encontramos que la solidaridad surge en el momento mismo en que -- las partes solidarias así lo convienen; en tanto en el caso -- de los contratos de fianza que realizan las instituciones -- afianzadoras, no se conviene ninguna solidaridad y sólo se -- realiza tal contrato para el efecto de dar seguridad al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

6.- La solidaridad sin duda alguna, puede ser convenida por cualquier persona; pero en el caso de los afianzamientos que realizan las instituciones de fianzas, sólo ellas pueden celebrarlos, puesto que previamente deben tener una autorización concedida por el Gobierno Federal para el efecto de que realicen tales operaciones. Estas, son como ya dijimos -- en otra ocasión, instituciones cuya facultad exclusiva es la realización en forma profesional de operaciones afianzadoras, ya que la ley que regula a estas instituciones prohíbe terminantemente que persona alguna pueda celebrar contratos de -- fianzas.

CAPITULO V

EL REAFIANZAMIENTO Y EL COAFIANZAMIENTO EN MEXICO

a).- LA REGLAMENTACION DEL REAFIANZAMIENTO Y DEL COAFIANZAMIENTO EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1950.

Estas dos figuras jurídicas han sido reglamentadas -- por la Ley de Fianzas de 1950, por lo que las define en los artículos 114 y 116 respectivamente.

La Ley vigente de fianzas regula el reafianzamiento y el coafianzamiento mediante una serie de disposiciones dispersas; al respecto, creemos que la regulación se debería hacer a base de una ley que reglamentara el contrato de fianza de empresa. Sin embargo, quizás el Legislador pensó en aplicar al reafianzamiento y al coafianzamiento las reglas generales de la fianza de empresa, a la cual deben su existencia.

No cabe duda, que mediante estas dos figuras jurídicas, las instituciones de fianzas se distribuyen en alguna medida responsabilidades que en un momento dado no pueden asumir, y para el caso de que así lo hicieran, ello les podría traer un descalabro económico que las pondría en situaciones no sólo de desequilibrio económico sino inclusive en estados de quiebra.

La práctica comercial mexicana de las instituciones -

de fianzas, utiliza más el régimen del reafianzamiento, quizás porque con él consiguen equilibrar sus operaciones a base de contratarlo con las instituciones afianzadoras, de tal modo, que el reafianzamiento les evitará caer en situaciones de insolvencia económica.

El sistema de operación del reafianzamiento y del coafianzamiento, es realmente semejante al del reaseguro y el de coaseguro respectivamente, pues se sigue una técnica análoga; y ello se debe a que las dos figuras objeto del presente estudio se derivaron de las que se dan en materia de seguros. Pensamos que las consideraciones anteriores, fueron -- las que el Legislador tomó en cuenta para hablar de los contratos de reafianzamiento y de coafianzamiento en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950. Concretamente, -- esta ley le da un especial interés al contrato de reafianzamiento, según se desprende de su contenido, pues le dedica -- una mayor reglamentación a tal figura, tan es así, que del -- coafianzamiento sólo nos hablan los artículos 4o. Bis, 31 y 116.

Enfocamos nuestra atención en este capítulo, principalmente al reafianzamiento, no sólo por lo dicho anteriormente, sino porque en la práctica la tendencia de las instituciones es practicar el reafianzamiento y no al coafianzamiento.

b).- DEL CONTRATO DE REAFIANZAMIENTO.

El contrato de reafianzamiento es obvio que existe, -- en la medida en que haya un contrato de fianza de empresa -- previo, pues es la institución afianzadora la que lo solicita una vez que ha celebrado el contrato de fianza a favor de una persona determinada. En este sentido, el reafianzamiento resulta una figura accesoría (visto desde un punto de vista amplio) del contrato de afianzamiento realizado por la -- reafianzada o fiadora directa, que asume el riesgo principal

cómo única obligada frente a su fiado, ya que la empresa ó-empresas reafianzadoras (reaseguradora en su caso) no aparecen como obligadas frente al beneficiario ni frente al fiado de la fiadora directa, sino que sólo aparecen como obligadas frente a la fiadora directa.

Respecto del reafianzamiento, el Licenciado Alejandro Gómez Cantú en su estudio "La Naturaleza Jurídica del Reafianzamiento" dice lo siguiente:

"Muchos años tendrían que pasar para que el Legislador se ocupara del reaseguro en respaldo de las fianzas, --- pues fué hasta en la Ley de Compañías de Fianzas de 11 de --- marzo de 1925 y en la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de Agosto de 1926 que sólo se --- le mencionó como factor para la determinación de la reserva de premios; pero en la "Exposición de Motivos" del decreto --- del 28 de diciembre de 1933 que reformó este último ordenamiento, se dió un paso muy importante en esta materia al acoger la figura jurídica del reafianzamiento, al que en forma clara y precisa se le reconoció naturaleza jurídica similar a la de la fianza y se le consideró como "una operación por medio de la cual una compañía de fianzas autorizada obtiene que una compañía extranjera no autorizada le garantice parte de los riesgos que la primera ha cubierto".

Verdaderamente el Legislador no sólo dió un paso importante como lo señala el Licenciado Gómez Cantú, sino que además fue atinada tal reglamentación, ya que con tal figura se vino a crear más confianza entre el público practicante de tales operaciones, y se dió a las instituciones la oportunidad de repartir parte de las responsabilidades asumidas en aquellos afianzamientos que se otorgaran por encima de la capacidad de pago de la afianzadora. Es indudable, que el contrato de empresa y el contrato de reafianzamiento, aún siendo contratos que se otorguen en forma semejante, realmente -

no tienen una similar naturaleza jurídica, sino como después lo veremos, el reafianzamiento tiene una naturaleza jurídica propia, ya que aunque la ley dice que se trata de una fianza, verdaderamente el objeto del reafianzamiento no es garantizar una deuda ajena, sino asumir un riesgo.

La Ley de Fianzas de 1950 autoriza a las instituciones de fianzas a recurrir al reafianzamiento con compañías extranjeras, pero siempre y cuando se haya recurrido a las instituciones mexicanas y éstas no hayan podido o no hayan querido contratar. El artículo 30 es el que se refiere a ello en su párrafo primero, que reza:

"Las instituciones de fianzas, al contratar reafianzamientos por responsabilidades que excedan de su margen de operación, darán preferencia a las instituciones mexicanas. Sólo en el caso en que éstas no puedan o no quieran contratar, podrán reafianzarse con empresas que operen en el extranjero".

Es conveniente el señalamiento de la ley en este sentido, pues las instituciones de fianzas sólo recurren a compañías extranjeras cuando las mexicanas no son autosuficientes, lo cual es conveniente pues se evita la salida de divisas.

La misma Ley de Fianzas de 1950, establece en su Art. 32, que toda compañía extranjera que actúe con el carácter de reafianzadora o reaseguradora, frente a las instituciones mexicanas, deberá estar legalmente autorizada para operar en ese tipo de actividades y llenar los requisitos establecidos por la ley de esta materia en México.

Tenemos entonces, que las operaciones que realiza este tipo de empresas mercantiles, tienen una verdadera impor-

tancia dentro de la vida comercial de México en este aspecto, tanto en lo que a fianzas se refiere, como en lo que a reafianzamientos corresponde, pues la ley inclinándose al régimen del reafianzamiento, busca la mejoría y la seguridad del régimen operativo de las instituciones de fianzas; obteniéndose a su vez un control y una regulación sobre las responsabilidades que asuman las instituciones de fianzas.

Podemos decir, que en cierto modo el contrato de reafianzamiento se desarrolla, en torno de la capacidad de pago o del margen de operación de las instituciones afianzadoras, el cual como lo señala el artículo 16, será sobre el 15% del capital de cada institución y corresponde fijar tal capital a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en forma periódica.

El artículo 17 de la Ley de Fianzas consigna: "Cuando la institución asuma una misma responsabilidad que no exceda de su margen de operación, determinará libremente las garantías que las respalden, siempre que sean suficientes y comprobables; pero si la responsabilidad asumida excede del margen de operación, la institución deberá tener alguna de las garantías señaladas en el artículo 21 de esta ley, previamente aprobada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

Este artículo está señalando claramente, que las instituciones fiadoras tienen la facultad de determinar a su arbitrio las garantías que tengan por objeto garantizar la recuperación de las operaciones que realicen.

Señala también, que si la responsabilidad asumida por una institución de fianzas es superior a su margen de operación, la institución deberá tener las garantías que respalden su operación, las cuales se encuentran consignadas en el artículo 21, que a la letra dice:

"La institución de fianzas que asuma una responsabilidad que exceda de su margen de operación, necesariamente ten-

drá garantizada la recuperación, mediante:

- I. Prenda, hipoteca o fideicomiso;
- II. Obligación solidaria;
- III. Contrafianza;
- IV. Reafianzamiento o reaseguro que cubrirá el excedente del margen de operación.

Las garantías a que se refiere este precepto deberán satisfacer los requisitos señalados en el presente capítulo".

Las tres primeras fracciones del artículo 21, se refieren a las garantías que otorgan los fiados a las instituciones afianzadoras, y la última se refiere al reafianzamiento o reaseguro como un medio más para garantizar la recuperación.

c).- DEFINICION DEL CONTRATO DE REAFIANZAMIENTO.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 26 de diciembre de 1950 considera al contrato de reafianzamiento - como una garantía de recuperación, según se desprende de sus artículos 17 y 21, pero ubicándolo al lado de las que con el carácter de contragarantías otorgan los fiados.

Esta ley como hemos dicho anteriormente, se inclina - decididamente a favor de esta figura jurídica, pues claramente establece como obligatorio el régimen del reafianzamiento para las fianzas que otorguen las instituciones respectivas - en exceso de su capacidad de pago.

En este sentido, el legislador afirma dentro de las - disposiciones de la ley, una similitud entre el contrato de fianza de empresa y el contrato de reafianzamiento, como se desprende principalmente del artículo 114 que define a esta figura, el cual a la letra dice:

"El reafianzamiento es la fianza por la cual una institución de fianzas se obliga a pagar a otra, en la propor

ción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario por su fianza."

Termina diciendo en su segundo párrafo, lo siguiente: "En los casos en que se otorguen varios reafianzamientos respecto de una misma fianza, cada institución participante será responsable ante la fiadora directa, por una cantidad proporcional a la responsabilidad asumida por cada una de ellas y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva."

Al respecto, también el Proyecto de Código de Comercio ha tratado de definir al reafianzamiento de la manera siguiente:

"Por el contrato de reafianzamiento, una institución de fianzas se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de una fianza".

De lo señalado en el artículo 114 de la Ley de Fianzas vigente, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿realmente el reafianzamiento es una fianza? Para contestar esta pregunta, hemos contemplado el artículo anterior, consultado opiniones de personas relacionadas con instituciones afianzadoras y observado los contratos de reafianzamiento que otorgan las instituciones de fianzas.

El artículo 114 señala claramente que el reafianzamiento es una fianza, y continuamente, en las disposiciones que le dedica al contrato de reafianzamiento, califica a tal figura como garantía de recuperación. Las instituciones de fianzas practican el contrato de reafianzamiento, exactamente como si fuera un contrato de fianza de empresa; aunque quizás ello se deba, a que la Ley de Fianzas no hace una clara distinción entre el contrato de fianza de empresa y el contrato de reafianzamiento, sino que por el contrario, tal parece que deja la aplicación de las reglas de la fianza al-

contrato de reafianzamiento.

Al observar los contratos de reafianzamiento (machos) que celebran las instituciones de fianzas, nos hemos dado cuenta que realmente no utilizan la palabra reafianzamiento; y que se otorgan tales contratos en forma semejante a los de la fianza de empresa, sin siquiera designar a las partes contratantes como reafianzadoras y reafianzadas.

Consideramos pues, respetando toda opinión que se haya vertido respecto de esta figura, que el reafianzamiento es un contrato completamente distinto del de la fianza de empresa, muy a pesar de la tan respetable opinión que vierte el distinguido Lic. Luis Ruiz Rueda, en su obra "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio", en donde establece: "El contrato de reaseguro, no es sino una especie del contrato de seguro de daños y el contrato de reafianzamiento no es, a su vez, sino una especie del contrato de fianza de empresa".

Y agrega más adelante, en relación con la definición de reafianzamiento que da el Proyecto de Código de Comercio, lo siguiente:

"Tal parece que el reafianzamiento no fuera más que un contrato de seguro de daños, al haber emitido en una definición tan ambigua y defectuosa, los elementos específicos del contrato de fianza, del cual el reafianzamiento tiene que ser una especie.

El único aspecto característico de esta especie de fianza de empresa, es que se otorga como contrafianza, por una institución de fianzas para garantizar obligaciones de un tercero ante otra institución de fianzas que puede llegar a ser acreedora de su fiado, si paga la obligación garantizada".

Ciertamente, la fianza de empresa tiene por objeto que la institución afianzadora (fiadora directa o reafianzada),

en el caso del reafianzamiento) dé garantía de la deuda ajena; y cierto es también, que con el reafianzamiento la fiadora directa obtiene una garantía de recuperación en las pérdidas que sufra, pero entendiendo tal garantía, no en el sentido de una fianza de empresa, sino como un aseguramiento; es decir, entendiendo tal garantía en su sentido más amplio, como la protección contra un riesgo.

No sólo no estamos de acuerdo en considerar al reafianzamiento como un contrato de fianza, sino que, tampoco consideramos que sea una especie del mismo, ya que al analizar a fondo el objeto del reafianzamiento, llegamos a la conclusión de que el objeto de éste, no es precisamente garantizar una deuda, sino más bien correr un riesgo; el cual es asumido por la institución que otorga el reafianzamiento.

Pensamos que probablemente el Legislador pensó en ello (aún los elaboradores del Proyecto de Código de Comercio), ya que al definir el reafianzamiento en el Art. 114, no consignan el elemento específico más característico del contrato de fianza de empresa; es decir, la garantía de la deuda ajena.

Hemos dicho ya en otra ocasión, que para la existencia del reafianzamiento es condición fundamental la subsistencia de la obligación de la institución reafianzada; obligación que resulta distinta de la que corresponde a la institución reafianzadora, la cual asume la obligación de pagar a la fiadora directa las pérdidas que resulten de la realización del riesgo corrido por dicha empresa. Se trata pues, de dos obligaciones diferentes, aunque una de ellas sea dependiente de la otra, y también difieren en cuanto a sus acreedores y beneficiarios.

Mediante el contrato de reafianzamiento, la institución reafianzada busca repartir la responsabilidad que resul

tan del contrato de fianza de empresa celebrado; y la reafianzadora consigue con ello, un beneficio consistente en las primas que le pagará la fiadora directa, para el caso, de que no se llegue a realizar el riesgo asumido.

Pues bien, la definición de reafianzamiento señalada - en el Art. 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianza - en vigor, es solamente referida a la práctica que realizan -- las empresas afianzadoras en México en cuanto a este mercado-- se refiere, por lo que no abarca los reafianzamientos que la ley autoriza que se realicen en el extranjero; y es por ello que resulta incompleta.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, vamos -- ahora a proponer la siguiente definición que nos ha parecido -- más completa:

"El Reafianzamiento es el acuerdo de voluntades, por - el cual una parte --Empresa Mercantil-- llamada reafianzadora o reaseguradora (constituída de acuerdo a los preceptos establecidos, en materia de fianzas o de seguros, ya sea en nuestro país o en el extranjero), se obliga mediante el pago de - una cierta cantidad, determinada o determinable llamada prima, a asumir por cuenta de otra, un posible riesgo, consistente en probables pérdidas derivadas de un solo negocio de fianza (FA CULTATIVO), o de un cúmulo de ellos (AUTOMATICO), de los que la directa le ha concedido una participación".

El reafianzamiento es un contrato, por lo tanto siempre habrá un acuerdo de voluntades entre las partes contratante, que en este caso se llaman reafianzadora o reaseguradora en el caso del reafianzamiento en el extranjero y reafianzada o fiadora directa. En efecto, éstas son las partes que celebran el contrato de reafianzamiento y como lo señala la Ley - de Fianzas en su Art. 30, párrafo 1o., los reafianzamientos - en principio se realizarán con instituciones mexicanas; y sólo para el caso de que no puedan o no quieran, se recurrirá -

al extranjero. Cabe señalar al respecto, que México es uno de los países que ha reglamentado en forma separada a las -- instituciones de fianzas y a las de seguros, de modo, que -- una institución de fianzas opera exclusivamente con fianzas, y una compañía de seguros realiza actividades exclusivamente sobre seguros. Cosa distinta sucede en el extranjero, ya -- que por ejemplo en países como Estados Unidos, las compañías de seguros son las mismas que operan sobre fianzas. Es por ello, que si en un momento dado una institución de fianzas -- recurre al reafianzamiento en el extranjero, forzosamente se -- rá una institución de seguros la que lo practique, por eso -- quizá se justifica, que la ley hable de reafianzamientos o -- de reaseguro en el extranjero.

La parte reafianzadora o reaseguradora, forzosamente -- será una empresa mercantil, y entendemos por tal, como lo se -- ñala Rafael de Pina en su libro "Diccionario de Derecho": -- "El conjunto de trabajo, elementos materiales y valores in-- corpóreos coordinados para ofrecer, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes y servicios".

Tal empresa mercantil, como lo señala la ley, siempre se constituirá bajo la forma de sociedad anónima, ello, en -- lo que a instituciones de fianzas se refiere, como lo señala el Art. 3o. que regula esta materia. En lo que a empresas -- extranjeras corresponde, éstas deberán llenar los requisitos -- que señala en el Art. 32 de la Ley de Fianzas en vigor.

La reafianzadora o la reaseguradora en su caso, se -- obligan mediante el contrato de reafianzamiento, a asumir un posible riesgo, consistente en las probables pérdidas que su -- fra la reafianzada al cumplir con la garantía otorgada al be -- neficiario de la fianza; de este modo, una vez conocidas las pérdidas resultantes del riesgo corrido, la reafianzadora o la reaseguradora, se encuentran obligadas a proveer de fon-- dos a la reafianzada.

Por otro lado, la afianzadora directa contrae la obligación frente a la reafianzadora o reaseguradora de pagar -- una cantidad cierta, determinada o determinable, que en el lenguaje comercial de estas empresas se llama prima y de la cual nos habla el Art. 81 de la ley de la materia.

Según la definición expuesta anteriormente, el reafianzamiento puede hacerse de dos formas:

a).- Facultativamente, o sea cuando la institución de fianzas (reafianzada) invita a una empresa reafianzadora o reaseguradora a asumir un posible riesgo, pero ésta no se encuentra obligada a asumirlo, sino que es libre para aceptarlo o rehusar las ofertas que le haga la presunta reafianzada directa. En la práctica la tendencia de las instituciones de fianzas es hacia esta forma de reafianzamiento.

b).- Automáticamente. A esta forma se le llama también obligatoria, y consiste, en que la empresa reafianzadora o reaseguradora se obliga mediante un contrato o convenio previamente celebrado, a asumir los riesgos que resulten de las operaciones de afianzamiento que realice la afianzadora directa, según se haya convenido. La afianzadora directa a su vez, se obliga a pagar a la reafianzadora o reaseguradora, las primas estipuladas. De esta manera, en toda operación de fianzas que practique la fiadora directa y que supere su capacidad de pago, estará inmediatamente reafianzada por la empresa con quien haya celebrado el reafianzamiento, sin embargo, en la práctica esta forma poco la ejercitan.

Las formas de reafianzamiento señaladas, operan en forma similar a las del contrato de reaseguro.

d).- EL COAFIANZAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS EN MEXICO.

La Ley de Fianzas en vigor, no regula el coafianzamiento con el interés con que regula al reafianzamiento, y en la práctica las instituciones de fianzas poco aplican el-

sistema del coafianzamiento dentro de sus actividades operacionales. Dicha ley sólo le dedica a esta figura jurídica -- los artículos 4o. bis, 31, 116 y el caso abarcado en el artículo 114 párrafo segundo, que se refiere al reafianzamiento otorgado por varias empresas, en cuyo caso se está forzosamente frente a un coafianzamiento, por lo que en todo reafianzamiento así otorgado, habrá siempre coafianzamiento, pero no en todo coafianzamiento habrá reafianzamiento.

El texto del párrafo segundo del artículo 114, es el siguiente: "En los casos en que se otorguen varios reafianzamientos respecto de una misma fianza, cada institución participante será responsable ante la fiadora directa, por una cantidad proporcional a la responsabilidad asumida por cada una de ellas, y en relación con la cantidad que debe cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva".

El artículo de la Ley de Fianzas que nos establece claramente cuándo habrá coafianzamiento, es el siguiente:

"Artículo 116.- Hay coafianzamiento cuando dos o más - instituciones otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado".

Y agrega en su segundo párrafo: "En el coafianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía".

Del artículo citado se desprende, que para que haya -- coafianzamiento forzosamente se requiere que existan dos o -- más instituciones, las cuales otorgarán su fianza solamente -- ante una persona llamada beneficiario y cuya garantía siempre se otorga por cuenta de un mismo fiado.

En caso del coafianzamiento, hay una situación muy -- distinta a la del reafianzamiento, ya que el fiado contrata directamente con cada una de las afianzadoras, las cuales se encuentran obligadas en forma independiente por la responsabilidad asumida frente al fiado.

El coafianzamiento, a diferencia del reafianzamiento, únicamente puede contratarse por instituciones mexicanas de fianzas, según lo señala el Art. 31 de la Ley de Fianzas.

CAPITULO VI

EL CONTRATO DE SEGURO Y LA FIANZA DE EMPRESA

a) DEFINICION DEL CONTRATO DE SEGURO Y SU CLASIFICACION.

No es nuestra intención hacer un estudio exhaustivo - del contrato de seguro, sino sólo un breve análisis en sus as pectos más importantes, para el efecto de señalar las diferen cias y semejanzas que tiene con la fianza de empresa.

Las legislaciones modernas tratan de eludir el proble ma de establecer una definición del contrato de seguro, esgri miendo y no sin razón, que el hacerlo es función de la doctri na y no de la ley.

En la época en que el seguro limitó su campo de apli cación a las cosas materiales, tanto la doctrina como las le gis laciones no tuvieron problema alguno en calificar al segu ro como un contrato de indemnización, pero una vez que surge a la luz del derecho el seguro sobre personas, automáticamente se hace patente la imposibilidad de incluir dentro de una de f inición, apegada al concepto de indemnización, este nuevo ti po de seguro, así como la precisión de confeccionar una de f inición unitaria con objeto de comprender todos y cada uno de los caracteres de este tipo de contrato.

Definiciones de contrato de seguro existen tantas como autores que se han ocupado del mismo y en lo general no distan mucho unas de otras, sin embargo, proporcionaremos en este breve estudio solamente algunas de ellas, debidas a la pluma de célebres tratadistas en esta especialidad, y así más tarde señalaremos la definición que proponemos.

Don Luis Benitez de Lugo nos dice en su libro "Tratado de Seguros" (1), que varios autores han definido al contrato de seguro, entre las cuales están los siguientes:

1) Vivante, quien dice que este contrato es aquel "por el cual una empresa constituida para el ejercicio de estos negocios, asume los riesgos ajenos, mediante una prima fijada anticipadamente".

2) Planiol establece que el contrato de seguros es "aquel por el cual una persona denominada asegurador promete a otra, el asegurado, una prestación subordinada a la realización de un riesgo determinado, mediante una suma denominada prima o cuota".

3) Jesserand afirma que el seguro "es un contrato por el cual el asegurador toma a su cargo, mediante el pago por el asegurado de primas o cotizaciones, un riesgo cuya realización contemplan las partes y cuya incidencia definitiva no quiere el asegurado soportar por sí solo y personalmente".

4) Para el Profesor Antigono Donati es "ese negocio en el que el asegurador, contra el pago u obligación de pagar una prima, se obliga a resarcir al asegurado de las consecuencias de un hecho e incierto, dentro de los límites convenidos".

La Ley sobre el Contrato de Seguros en México preceptúa en su artículo 10. lo siguiente: "Por contrato de seguro la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la --

eventualidad prevista en el contrato".

La Ley en realidad no define el contrato de seguro, cosa que, y siguiendo a la mayoría de las legislaciones, deja a la doctrina, limitándose a realizar una vaga distinción entre seguro de daños y seguro de persona.

Podemos definir el contrato de seguro, como "aquel -- acuerdo de voluntades, por el cual una empresa organizada para tales efectos llamada asegurador (la que asume una serie de riesgos compensándolos conforme a las leyes de la estadística), se obliga mediante el pago u obligación de pago de una cantidad cierta, en dinero, determinada o determinable (prima) a rehacer al asegurado o a un tercero dentro de los límites del convenio de las consecuencias de un evento dañoso e incierto (riesgo), o bien, a pagar un capital o una renta al -- ocurrir un evento que alcance a la vida humana".

De acuerdo con la definición que proponemos, procederemos a continuación a clasificarlo de la siguiente manera:

a) Es un contrato de empresa, según se desprende de lo que establece el Código de Comercio de 1889 en su artículo 75 Fracción XVI, que establece, que se considerarán actos de comercio los contratos de seguro, siempre y cuando sean celebrados por empresas aseguradoras. En atención a lo anterior, consideramos al contrato de seguro como un contrato de empresa, en virtud de que son exclusivamente empresas aseguradoras quienes tienen la misión de realizar tales contratos. De este modo, las empresas aseguradoras al practicar este tipo de operaciones confeccionan de antemano un clausulado, conocido universal y tradicionalmente con el nombre de "condiciones generales de póliza", procedimiento reconocido y regulado, tanto por la Ley General de Instituciones de Seguros, como por la Ley del Contrato de Seguro.

De lo anterior, se desprende que las cláusulas de con

tratación son previamente determinadas por uno de los contratantes, la empresa aseguradora, de modo que la otra parte no tiene el poder ni la facultad de introducirles modificaciones, y en caso de no aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato. Con todo lo anterior llegamos a la conclusión que el contrato de seguro además de un contrato de empresa es un típico contrato de adhesión.

b) Contrato de adhesión.- En dicho convenio consideramos que existe un coto a la libertad de contratación en virtud a una manifiesta disparidad económica y técnica entre las partes, mas jamás la ausencia de esa libertad, postura sostenida por una Tesis anticontra-actualista aún en boga en nuestro país, aunque ya totalmente superada en Europa.

c) No es contrato formal ni real.- En la actualidad el contrato de seguro y de acuerdo a la ley que lo reglamenta, no es un contrato formal, toda vez que sólo existe la forma escrita como medio de prueba y no como requisito para su validez o existencia; por otro lado tampoco es un contrato real - pues no se condiciona de ninguna manera a la entrega de la póliza o al pago de la prima, según se desprende de los artículos 19 y 21, Fracción II de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

d) Es un contrato bilateral.- De la Ley sobre el Contrato de Seguro, en su artículo 10. se deduce la característica de bilateralidad del contrato al establecer prestaciones recíprocas para ambas partes contratantes, para el asegurador se establece la obligación de garantizar y para el suscriptor del contrato la obligación de pagar la prima.

e) Es un contrato oneroso.- Es decir, que ambos contratantes sufren un sacrificio patrimonial (prestación que -- cumplen), al cual corresponde una ventaja (contra-prestación que reciben), es decir, existen provechos y gravámenes recíprocos.

f) Es un contrato aleatorio.- O de suerte, en virtud de que la entidad del sacrificio puesta en relación con la entidad de la ventaja (es decir, la entidad del riesgo a que cada contratante se somete), no pueda ser conocida o valuable - en el acto de la realización del contrato, la entidad aludida verá la luz posteriormente, según el curso de los acontecimientos.

g) Es un contrato de ejecución continuada o periódica (de duración), ya que el elemento tiempo en cuanto duración o mas bien el distribuirse de la ejecución en el tiempo constituye aquí el carácter distintivo del contrato. El tiempo es un elemento esencial por el que se determina la cantidad de la prestación, el dilatarse o reiterarse de la ejecución y también el momento en el que el contrato termine. El artículo 20 de la Ley sobre el Contrato de Seguro exige que se establezca el momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía, que es la prestación del asegurador y cuya ejecución es necesariamente continuada.

h) Es un contrato de buena fe, entendiéndose por este no lo contrario a los contratos de estricto derecho del Derecho Romano, sino al hecho de que el asegurador con objeto de perfeccionar el contrato tiene y debe confiar en la buena fe del tomador, por lo que se refiere a la descripción del riesgo y a las circunstancias del mismo, ya que ese será el factor determinante de la voluntad del asegurador en el mencionado perfeccionamiento, es decir, se precisa la buena fe por ambas partes.

b) ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO.

Para finalizar este brevísimo estudio del seguro, sólo resta efectuar un recorrido a través de los elementos esenciales del contrato de seguro, que consideramos apegándonos a la doctrina son los siguientes:

A.- El riesgo.- La Ley sobre el Contrato de Seguro no designa a este elemento por su nombre, se concreta a delimitarlo en el artículo 10. al hablar de "la eventualidad prevista en el contrato".

Se le define como una eventualidad dañosa, es decir, un acontecimiento futuro de realización incierta que trae consigo un daño para uno de los contratantes, el asegurado.

Los elementos del riesgo son dos: a) La posibilidad, y b) De un evento dañoso.

a) La posibilidad, entendida como realización o no - realización del hecho (riesgo).

b) De un evento dañoso, cuya posibilidad se llama riesgo y cuya realización siniestro. El riesgo en consecuencia, es un elemento abstracto que deviene concreto al recaer sobre alguna cosa en la que el asegurado tiene interés, el cual es el segundo elemento del contrato de seguro.

B.- El interés.- El interés según Donati es aquel algo positivo que existe independientemente del daño, el cual es la lesión de ese algo positivo preexistente.

Algunos autores sostienen que se trata de un bien patrimonial amenazado por un riesgo, otros afirman que es la cosa asegurada y algunos más que se trata del valor de la cosa. Por fin se le ha llegado a definir como la cosa en su representación subjetiva, así pues el interés es una relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y una cosa - apta para satisfacer una necesidad, para prestar una utilidad, en palabras más sencillas, una relación económica entre un sujeto y un bien.

El hecho de introducir al interés como elemento esencial del contrato de seguro pone a éste a la altura de la Teoría General de los Contratos, la cual considera que lo digno

de tutela son los intereses y no los bienes.

Como elementos del interés tenemos los siguientes:

a) El sujeto; b) El objeto; c) La relación.

a) El sujeto de un interés es aquella persona física o moral que está en relación con el un bien.

b) El objeto del interés (cosa asegurada), es cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad, es decir, una cosa con utilidad y en consecuencia con valor, o más simplemente cualquier bien.

c) La relación entre el sujeto y el objeto ha de ser de naturaleza económica, susceptible de valoración.

Por otra parte, el interés como elemento causal del contrato de seguro debe ser lícito y jamás contraponerse con las normas imperativas, el orden público, o bien con las buenas costumbres.

Como siguiente elemento del contrato de seguro toca hacer el estudio de:.

C.- La prima.- Se dice de ella, que es el precio del riesgo, es decir, la contra-prestación del asegurado por la asunción del riesgo por parte del asegurador (artículos 31 al 44 de la Ley sobre el Contrato de Seguro). La prima no se fija por parte del asegurador en forma arbitraria, intervienen una serie de factores señalados y debidamente regulados por la ley respectiva:

Por un lado, en relación con el tiempo para el pago de la prima, nos hablan concretamente los artículos: 34, 44, 89, 96, 106, 107.

En cuanto a la gravedad del riesgo, es decir, de la probabilidad de su realización, hablan los artículos: 43, 61,

Y, en cuanto a la suma asegurada, están los artículos: 90, 95, 96, Fracc . I, 161, Fracc. IV.

Como cuarto elemento del contrato de seguro toca su turno a:

D.- La garantía.- En cuanto a este elemento esencial del contrato de seguro hay desacuerdo evidente entre los diferentes autores; para unos es sólo el pago de la suma asegurada en la medida en que se deba, según sea seguro de daños o de personas, en donde, dicha prestación es esencialmente eventual, salvo el caso del seguro de vida entera; para otros, y dentro de esta corriente nos situamos, es además la cobertura o garantía del riesgo por el asegurador, desde el momento en que se pacta el contrato hasta aquél en que se extingue, de esta manera el pago de la suma asegurada, forma parte de esa cobertura o garantía.

La Legislación en materia de seguros acepta en forma expresa, la Tesis de la garantía según se deduce del artículo 20 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, que dice:

"La empresa aseguradora estará obligada a entregar al contratante del seguro una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes. La póliza deberá contener: III.- La naturaleza de los riesgos garantizados; IV.- El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía, y V.- El monto de la garantía".

Como último elemento esencial del contrato del seguro toca analizar brevemente a:

E.- La empresa.- Hasta fines del siglo pasado, se concebía al contrato de seguro aislado, de ahí, la doble reglamentación tanto en la materia civil donde personas físicas no constituidas en empresas podían ser aseguradores, como en la materia mercantil.

El célebre jurista italiano Cesar Vivante fue quien - dió todo el valor que le corresponde dentro del mundo jurídi-

co al elemento empresa, el cual como ya lo hemos dicho es la organización económica para constituirlo que se llama una mutualidad. De no existir este elemento, el seguro se reduciría a una vulgar apuesta.

Vivante sostuvo la necesidad de reunir una masa de -- riesgos de la misma especie, en cantidad suficiente, para que con las cuotas o primas pagadas al asegurador por la asunción de esos riesgos se formara un fondo común con el cual se pudieran cubrir las pérdidas que sufrieran los pocos a quienes dañara el siniestro por su realización, es decir, preconizó -- la necesidad de llegar a una organización fundada en la aplicación de las leyes de la estadística.

En México, las aseguradoras están sometidas a la previa autorización y vigilancia estatales, conclusiones que se tomaron directamente del proyecto de la Federazione della -- Imprese Assieuratrici, e indirectamente del Proyecto Vivante del Código de Comercio Italiano.

Así pues, la Ley de Instituciones de Seguros, obliga a toda empresa aseguradora a constituirse no sólo técnicamente sino a operar de acuerdo a las reglas rigurosísimas respecto de la prima y el destino que debe dársele, así como a la -- diversificación de riesgos, para lo cual se reglamenta ampliamente todo lo relativo al coaseguro y a reaseguro.

c) DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL CONTRATO DE SEGURO Y EL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA.

Muy a pesar de que las instituciones de seguros y de -- fianzas se organicen y funcionen en forma semejante, realmente en cuanto a las operaciones que realizan (seguros o fianzas según sea la institución) éstas tienen no sólo sus semejanzas entre sí, sino también sus respectivas diferencias como veremos a continuación:

A.- Diferencias.- Las diferencias que podemos señalar son las siguientes:

1) Primero que nada debemos decir que por un lado el seguro es realizado por una empresa aseguradora en forma exclusiva, pues hay la prohibición legal de que persona otra la pueda realizar; en tanto la fianza de empresa, se expide exclusivamente por una institución de fianzas.

2) Las dos figuras jurídicas objeto de nuestro estudio persiguen objetos distintos, ya que por ejemplo el seguro tiene por objeto asumir un riesgo; en cambio la fianza tiene por objeto garantizar el pago de la deuda ajena.

3) El interés como elemento esencial del contrato de seguro es diferente al de la fianza de empresa, ya que el interés en el seguro es una relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y una cosa apta para satisfacer una necesidad, para prestar una utilidad; en tanto en la fianza de empresa, el interés podríamos decir que es la relación entre el sujeto y la deuda (o crédito para el beneficiario) - existente.

4) En el contrato de seguro el riesgo es un elemento de esencial, entendido éste como la eventualidad dañosa, o sea, como un acontecimiento futuro de realización incierta que trae consigo un daño para uno de los contratantes, el asegurado; en cambio, en la fianza de empresa el riesgo no es precisamente un elemento de esencia, pero sí lo es la deuda que forzosamente debe existir.

5) El contrato de seguro a diferencia del contrato de fianza de empresa, es un contrato principal ya que no requiere de otro contrato para su existencia; lo cual no sucede en el contrato de fianza empresa ya que es un contrato accesorio, pues necesita de otro contrato (el principal) para que pueda existir como tal.

6) Desde el punto de vista del reaseguro, practicado como consecuencia del contrato de seguro, también se diferen-

cia del reafianzamiento practicado a consecuencia de la fianza de empresa, ya que el primero es realizado por empresas -- aseguradoras mexicanas o por reaseguradoras extranjeras, pero el reafianzamiento a pesar de que se practica en México por -- instituciones afianzadoras, en el extranjero se realiza por -- empresas reaseguradoras, en razón de que en el extranjero las compañías aseguradoras operan también la fianza ya que no -- existe la distinción como en nuestro país.

Las semejanzas que consideramos hay entre las dos figuras objeto de nuestro estudio son las siguientes:

1) Tanto la institución que practica el contrato de seguro como la que realiza el contrato de fianza de empresa, es siempre una empresa mercantil, es decir, en una u otra es un elemento esencial, de tal modo que si uno de estos dos contratos son realizados por personas no organizadas empresarialmente y que no cuenten con la autorización estatal, dichas -- operaciones estarán viciadas de nulidad.

2) La naturaleza jurídica de ambas figuras es la de ser contratos de derecho mercantil.

3) La prima es un elemento esencial en el contrato de seguro como también lo es en la fianza de empresa, pues en el primero es la contra-prestación del asegurado por la asunción del riesgo por parte del asegurador, y en la segunda, es también la contra-prestación a que se obliga el afianzado por la garantía del pago de la deuda ajena que toma la fiadora -- (institución de fianzas).

4) Otro elemento esencial en el que tienen semejanza, es la garantía, entendida en el seguro como la garantía del -- riesgo por el asegurador, que se asume desde el momento en -- que se pacta el contrato a aquel en que se extingue la obligación al pago de la suma asegurada. En la fianza de empresa, la garantía es en relación con el cumplimiento de pagar la --

deuda ajena.

5) Los dos contratos son de adhesión, ya que las empresas autorizadas para la realización de tales contratos los practican a través de machotes en los cuales señalan las condiciones generales a las cuales forzosamente tiene que adherirse la parte con la que contraten.

6) Son contratos onerosos en atención a que las partes obtienen provechos y gravámenes recíprocos.

7) Los dos son contratos de tracto sucesivo, pues -- una vez celebrados los contratos las partes hacen prestaciones continuas o periódicas.

8) Tanto el contrato de seguro como el contrato de fianza de empresa son contratos bilaterales, pues en ellos -- las partes se obligan recíprocamente, es decir, convienen -- prestaciones para ambas partes contratantes.

9) En fin, dichos contratos son aleatorios, consensuales, etc.

C O N C L U S I O N E S

1.- Tanto la fianza civil como la fianza de empresa son contratos ya que ambos requieren de un acuerdo de voluntades. El primero es preceptuado por el Código Civil en su artículo 1928, y el segundo por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 12.

2.- El Código de Comercio de 1854 reguló a la fianza mercantil de una manera especial pero muy concreta, ya que le señaló cuatro artículos en el "TITULO VI"; en atención a ello consideramos que el Código de Comercio de 1889 (vigente sólo en parte) debería haberle dedicado un capítulo especial a la fianza mercantil ya que no se ocupa de ella, dejando su regulación a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

3.- De acuerdo con la clasificación de actos de comercio del Maestro Fernando Ojestos Martínez, la fianza de empresa es un acto de comercio de mercantilidad condicionada -- principal, por el sujeto.

4.- Por disposición expresa del artículo 7 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sólo las instituciones de fianzas pueden otorgar habitualmente y en forma profesional fianzas a título oneroso; sin embargo, para esta regla existe la excepción que se contiene en el artículo 17 frac--

ción IX de la Ley General de Instituciones de Crédito, en el sentido de que los Bancos de Depósito podrán otorgar fianzas o cauciones cuando las instituciones especializadas no puedan expedirlas por razón de cuantía, aunque para ello tienen que ser autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

6.- Clasificamos a la fianza mercantil dentro de los actos de comercio de mercantilidad condicionada, accesorios, cuando resulta de la celebración de comerciantes entre sí, en cuyo caso está afectada por una presunción de mercantilidad - "juris tantum" (Art. 75 frac. XX del C. Comercio). Pero también habrá fianza mercantil, cuando ésta sea celebrada entre comerciantes y banqueros (Art. 75 Fracción XXI del C. Comercio), de modo que aquí devendrá mercantil, por una presunción "jure et de jure".

7.- Al hablar de la fianza mercantil hemos dicho que podemos definirla, como "aquella que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación mercantil o contrato mercantil, o la que resulta del hecho de que la realice una institución especializada o excepcionalmente una institución de crédito, o aquella que resulta de la relación de sujetos cuando éstos son comerciantes". Agregamos que también podía ser definida, como "aquel contrato que se celebra entre comerciantes, o por una institución autorizada por el Gobierno, o bien la que resulta del hecho que tenga por objeto asegurar un contrato u obligación de naturaleza mercantil".

8.- Al no reglamentar en forma especial el contrato de fianza de empresa la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, consideramos sea correcto que se expida una "Ley sobre el Contrato de Fianza de Empresa". Creemos que sería de gran interés la existencia de esta ley, ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas enfoca su reglamentación principalmente a las instituciones de fianzas y no a los contratos que

practican; por lo que las disposiciones al respecto son escasas y dispersas.

9.- Al no definir la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a la fianza de empresa, hemos decidido definirla, como "el contrato por el cual una institución de fianzas se compromete a garantizar el cumplimiento de una obligación determinada frente a un tercero, para el caso de que el fiado no la cumpla, quien a su vez se compromete a pagar una prima por la garantía prestada".

10.- En la fianza de empresa las partes contratantes son la institución afianzadora y el fiado o deudor principal (salvo en la fianza de fidelidad en que la institución contrata con el acreedor), a diferencia de la fianza civil, en la cual las partes que celebran dicho contrato son el sujeto fiador y el acreedor ya que la voluntad del fiado realmente no tiene trascendencia.

11.- Consideramos, al igual que el Licenciado Luis Ruiz Rueda, que el objeto del contrato de fianza de empresa es la prestación de garantía, que se otorga en un momento dado por la institución afianzadora para garantizar el cumplimiento de la deuda ajena en forma personal, pero como él mismo lo señala, dicha prestación es distinta de la que se da en la obligación principal.

12.- En el Capítulo IV del presente trabajo, llegamos a la conclusión de que no existe la solidaridad fiadora de las instituciones de fianzas, ya que ni se consigna en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ni las instituciones afianzadoras se obligan solidariamente con el deudor principal, puesto que verdaderamente la fiadora contrae una obligación que resulta distinta de la del fiado, a pesar de que dicha obligación presuponga la existencia de la obligación principal. Además, el Derecho Civil como materia supletoria del De

recho Mercantil señala en relación con la solidaridad civil, que la solidaridad no puede presumirse y que para que exista es necesario que surja por disposición legal o por voluntad de las partes (Art. 1988 C. C.). Por lo mismo, hemos señalado en el Capítulo IV las diferencias entre tales figuras.

13.- Por considerar que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 114 no define en forma completa y precisa el contrato de reafianzamiento, lo hemos definido -nosotros, como "el acuerdo de voluntades, por el cual una parte -empresa mercantil- llamada reafianzadora o reaseguradora (constituida de acuerdo a los preceptos establecidos en materia de fianzas o de seguros, ya sea en nuestro país o en el extranjero), se obliga mediante el pago de una cantidad cierta, determinada o determinable llamada prima, a asumir por cuenta de otra, un posible riesgo, consistente en probables pérdidas derivadas de un solo negocio de fianzas (facultativo) o de un cúmulo de ellos (automático), de los que la directiva le ha concedido una participación.

14.- Consideramos que el objeto del reafianzamiento no es propiamente garantizar una deuda, sino asumir un riesgo y por tanto pensamos que se trata más bien de un contrato de seguro y no de un contrato de fianza.

15.- Hablamos en forma muy brevísima del contrato de seguro en el Capítulo VI, con el objeto de señalar las diferencias que tiene con la fianza de empresa. Y al no definirlo la Ley del Contrato de Seguro, hemos propuesto definirlo, como "aquel acuerdo de voluntades, por el cual una empresa organizada para tales efectos llamada asegurador (la que asume una serie de riesgos compensándolos conforme a las leyes de la estadística) se obliga mediante el pago u obligación de pago de una cantidad cierta, en dinero, determinada o determinable (prima), a rehacer al asegurado o a un tercero dentro de

los límites del convenio de las consecuencias de un evento da
ñoso e incierto (riesgo), o bien, a pagar un capital o una -
renta al ocurrir un evento que alcance a la vida humana".

BIBLIOTECA
U. N. A. M.

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

- CERVANTES ALTAMIRANO EFREN. "Fianza de Empresa". México, 1950.
- BENITEZ DE LUGO, LUIS. "Tratado de Seguros".
- DECLAREUIL J., "Roma y la Organización del Derecho". México, 1966.
- DE PINA, RAFAEL. "Diccionario de Derecho".
- DONATI ANTIGONO. "Los Seguros Privados". Barcelona, 1960.
- FOIGNEL RENE, "Manual Elemental de Derecho Romano".
- GARCIA, TRINIDAD. "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". México, 1941.
- GOMEZ ARREOLA, SALVADOR. "Los Seguros Privados en México". México, 1968.
- GOMEZ CANTU, ALEJANDRO. "La Naturaleza Jurídica del Reafianzamiento". México, 1971.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. "Derecho de las Obligaciones". México, 1959.
- MANTILLA MOLINA, ROBERTO. "Derecho Mercantil". México, 1968.
- MAZEAUD JEAN, HENRI Y LEON MAZEAUD. "Lecciones de Derecho Civil".
- PETIT EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Buenos Aires, 1940.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Contratos". México, 1967.
- RUIZ RUEDA, LUIS. "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio". México, 1960.

L E G I S L A C I O N

CODIGO CIVIL VIGENTE (1928).

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO DE 1854.

CODIGO DE COMERCIO VIGENTE (1889).

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1950.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES (1941).

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE SEGUROS VIGENTE (1935).

LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO VIGENTE (1935).