

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

EL REAFIANZAMIENTO

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

presenta:

JUAN MANUEL RUBIEL LOZANO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Esta tesis fué elaborada
dentro del Seminario de
Derecho Mercantil de la
Facultad de Derecho de
la Universidad Nacional
Autónoma de México bajo
la dirección de la seño-
rita Lic. Elvia Arcelia
Quintana A.

A mi padre y amigo
Lic. Juan Manuel Rubiell León
quien me señaló y me guió a
lo largo del camino, siempre
dedicado al estudio y al trabajo

Al Sr. Lic. Francisco Cortina Portilla
con respeto y admiración

A mi madre
Leonor Lozano
como ejemplo de dedicación
y tenacidad

A mis hermanos:
Patricia
Luis Armando
Sergio Arturo
Jesus y
Rosaura

A Marigú

A mis tíos:
María de la Luz
Ignacio y
José Luis, In memoriam

Al Sr. Lic.
Ricardo García Villalobos
Maestro y amigo
Gracias.

A la Srta. Lic.
Elvia Arcelia Quintana
Gracias a sus consejos y dirección
fué posible la terminación
de este trabajo.

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

El contrato de reafianzamiento, celebrado sólo por instituciones de fianzas, para transferir parte de las obligaciones que se garantizaron, con motivo de las obligaciones contraídas, al expedir una fianza de empresa, la sociedad afianzadora.

Durante el tiempo que estuve en la Compañía de Fianzas "México", S. A., dentro de su departamento Jurídico, se despertó en mí el interés de investigar el por qué una operación tan practicada y que representa dentro de la economía del país un papel importante, no tiene un orden normativo especial, en donde se regulen los distintos métodos en que se utiliza; tampoco existe un órgano determinado que resuelva las controversias que nazcan dentro de la órbita contractual.

Este trabajo consta de cuatro capítulos. En el primero se analiza a la fianza de empresa, sus elementos específicos, su diferencia con la fianza civil. Es necesario ver a la fianza de empresa por ser el contrato que le da vida al contrato de reafianzamiento.

El capítulo segundo se refiere al contrato

de reaseguro, cuya forma de contrato se equipara al de reafianzamiento, examinando aquí, la forma de constituirlo y los distintos métodos de contratarlo.

En el capítulo tercero me refiero al contrato de reafianzamiento dirigiéndolo a su evolución legislativa, su naturaleza jurídica, el procedimiento para contratarlo y los distintos métodos, así como la autonomía del contrato.

Finalmente en el capítulo cuarto se abordan las diferencias y semejanzas del contrato de reafianzamiento con el contrato de reaseguro.

Sé muy bien que las consideraciones jurídicas y las soluciones que propongo, en este trabajo, son motivo de polémica.

Por otra parte me siento contento porque es el fruto de horas de estudio y dedicación y porque como suele decirse puse mi granito de arena para que en un futuro no muy lejano se cree el orden normativo que satisfaga las exigencias requeridas por este contrato.

CAPITULO I

LA FIANZA DE EMPRESA

Sumario: 1. Antecedentes históricos. 2. El contrato de fianza civil. 3. La fianza de empresa. 4. Diferencias de la fianza civil y la fianza de empresa.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Los orígenes de las obligaciones contraídas por tercero, que dan nacimiento a la relación contractual denominada fianza, son muy remotas.

Las obligaciones al paso del tiempo crearon la figura característica de la fianza.

Siglos antes de la era Cristiana el Rey Salomón advertía a sus habitantes "Hijo mío, si incautamente saliste por fiador de tu amigo, y has ligado tu mano con un extraño, tú te has enlazado mediante las palabras de tu boca, y ellas han sido el lazo en que has quedado preso". Luego sigue diciendo "Padecerá desastres el que sale incautamente por fiador de un extraño; pero el que no se enreda en fianzas vivirá tranquilo". La advertencia más característica es: "Tómate el vestido de aquél que salió por fiador de un extraño y llévate de su casa alguna prenda por la deuda del extranjero". (1)

Por lo tanto, si se asumió el riesgo se está supeditado a perder bienes de su propiedad para cu-

(1) Cervantes Altamirano Efrén. La Fianza de Empresa. México 1970, pág. 2.

brir la deuda.

"También en la Grecia primitiva viene aquello que parece ser un aviso filosófico que se encontró inscrito sobre un cuadro en el Templo de Delfos y atribuido al gran pensador Tales de Mileto, de que la fianza es la precursora de la ruina". (2)

El origen histórico de la fianza sólo nos presenta una imagen en la cual los individuos siempre buscan que les garanticen las obligaciones por parte de un tercero.

En la época romana, antes de Justiniano ya se conocía la garantía personal, que eran la sponcio, fidepromissio y la fidelussio. (3)

La sponcio es la figura más antigua y permitida sólo a los ciudadanos romanos. La validez de la estipulación consistía en la pregunta que debía utilizar el verbo spondere, esta obligación necesitaba la formalidad para constituirse, era nula sin la pronunciación de las palabras. La obligación contraída no pasaba a los herederos de la persona afectada a la misma.

La fidepromissio es una segunda forma de

2) Cervantes Altamirano Efrén. ob. cit., pág. 2

(3) Lagrange Eugenio, Manual de Derecho Romano. Traducción de José Vicente y Caravantes. Madrid 1870.

garantía, parecida a la sponcio, en cuanto a que se requería la estipulación para su perfeccionamiento aunque las palabras utilizadas eran diferentes.

Tanto la sponcio como la fidepromissio garantizaban sólo obligaciones nacidas verbis, excepto cuando se trataba de un fiador extranjero. La sponcio y la fidepromissio tampoco transmitían las obligaciones a los herederos.

Además de estas disposiciones, la Ley Appuleia(4) señalaba que cuando existían varios sponsors o fidepromissores, aquél que había pagado toda la deuda podía repetir contra todos los demás, para no pagar más que su parte.

Posteriormente, la Ley Furia (5) libera al fiador de su obligación al cabo de dos años, y además, dividió la deuda entre todos los obligados existentes el día de su vencimiento, señalando que cada uno no debe más que su parte.

Al ir decayendo las figuras por disminuir sus garantías al limitarse el empleo de las obligaciones nacidas verbis, aparece la fideiussio.

La fideiussio era la obligación accesoria destinada a garantizar otra obligación, tenía la peculiaridad de que se transmitía a los herederos. (6)

(4) Petit Eugene, Trat. Elemental de Derecho Romano, Edít. Nal México, p. 359.

(5) Petit Eugene, ob. cit., pág. 359.

(6) Lagrange Eugenio, Ob. cit., pág. 481, nota No. 2

La característica de accesoria ya la encontramos en este contrato en virtud de que era necesario que existiera otra principal, como también podía contraer una obligación futura siempre y cuando la obligación se realizara. Debería tener el mismo objeto que la obligación principal, no podía garantizar algo que no existiera, o que fuera diferente a la originaria; por ejemplo, si era sujeta a término, o si bien garantizaba diez siendo la deuda principal cinco. (7)

La facultad que tiene el acreedor contra cualquiera de los deudores para satisfacer la deuda, que al ser pagada en su totalidad liberaba a todos los demás, le da el carácter de subsidiaria.

Otro aspecto de la fideiussio era considerarla gratuita ya que no hay constancias de que el fidelussor percibiera cantidad alguna por asumir la obligación que era voluntaria.

Sin embargo, existían beneficios para los fiadores que existieran en la fecha del vencimiento. Los beneficios eran de excusión y división. El beneficio de excusión por virtud del cual podían los fiadores exigir que el acreedor hiciera efectivo el crédito al deudor principal cuando era solvente antes de cobrarla a ellos. El beneficio de división, con la Rescripto de Adriano (8) en donde se estableció que (no se divi

(7) Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Nal. México 1963, pág. 360.

(8) Petit Eugene. Ob. cit., pág. 361

dían) los fiadores (al momento del vencimiento sino los que eran) solventes al momento del vencimiento, soportaban el adeudo y posteriormente repetían contra los insolventes.

La extinción de la fianza, ya que se consideraba como obligación accesoria, seguía la suerte de la obligación principal y se extinguía por vía de consecuencia o directamente.

Por vía de consecuencia, al mismo tiempo que la principal ya no podía existir sin la obligación que le daba nacimiento, ya que al extinguirse de modo absoluto se libera a los fiadores; además al extinguirse la obligación por cualquier otra forma que liberara al deudor principal, se liberaba a los fiadores al no se exigible la obligación principal. Por vía directa cuando el fiador hacía pago de la obligación contraída, también se extinguía la obligación accesoria.

Se fueron creando leyes tanto para la protección de los fiadores como para los acreedores, como las mencionadas anteriormente Ley Furia y Appuleia, así la Ley Ciceria (9) que obligaba a los acreedores a comunicar a cada fiador quienes eran sus cofiadores.

A fines de la República se añade la Ley Cornelia (10) que limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor a un máximo anual de

(9) Petit Eugene, ob. cit., pág. 359.

(10) Margadant Guillermo F., Derecho Romano, Edlt. Esflinge, S. A., pág. 387.

veinte mil sextercios. (11)

Al transcurrir el tiempo y debido a las invasiones romanas a la Península Ibérica, llevando consigo todas las costumbres del pueblo romano, encontramos que la fianza se siguió considerando como un contrato, con sus características de accesoriedad, gratuidad y unilateridad, así como la validez de la obligación principal. En sí, toda la creación romana de la figura jurídica de la fianza, continúa sólo con algunas innovaciones, de acuerdo con la época, lo que vino a crear la legislación que nos rige, en donde las primeras obras son del Código de Eurico que se cree estuvo inspirado por jurisconsultos romanos pero lo que mayor influencia tuvo sin duda fué el Fuero Juzgo. (12)

Con la invasión de los moros que sufrió España, el Fuero Juzgo no perdió toda su vigencia, pero se crearon fueros municipales, que modificaban las disposiciones contenidas en el Fuero Juzgo. Nacen el Fuero Viejo de Castilla que habla de los fiadores en sus leyes XI y XII que señalan: XI. "Si el fiador percháre por aquél a quien fió después del plazo que con él puso, o al plazo que el alcalde pusiere, si la fiadura no fué hecha al plazo, peche quanto por el pecho, con las costas algunas fizo por razón de esta fiadura é si

(11) Margadant Guillermo F., Derecho Romano. Edit. Esfinge, S. A., pág. 387.

(12) García Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Méx. Edit. Porrúa 1941, pág. 59.

él negare que él no le metió en la fiadura, e gelo probare, peche el todo doblado quanto el fiador por él pecho, e las costas, si algunas fizo más no dobladas".

XII. "Si por aventura, sus herederos sean temidos por la fiadura, así como él mismo era temido: otro sí; si aquél que recibió el fiador muriere antes que sea pagado, sus herederos puedan demandar la fiadura al fiador o a sus herederos, así como las podría demandar aquél que recibió el fiador si vivo fuese". (13)

Otras legislaciones que vinieron a reglamentar más aún las operaciones del fiador fueron sin duda las de las Siete Partidas (14) que en su Partida Quinta reproduce el Derecho Justiniano acerca de los fiadores, y puede leerse: "Fiaduras hacen los omes antre sí, porque los promissionses, e los pleytos que facen, e las posturas sean mejor guardadas. E por ende, pues que en el título ante de este fiabamos de las promissionses, queremos aquí dezir de las fiaduras, que facen por razón dellas. E mostraremos que quere dezir fiadura. E a que tiene pro. E quien la puede facer. E por quíero. E sobre que cosas. E en qué manera deve ser fecha la fiadura. E que fuerca ha e como puede desatar. E después desto diremos de todas las otras cosas, que los omes facen unos por otros por su mandado, o sin él,

(13) Cervantes Altamirano Efrén, Ob. cit., pág. 10.

(14) Viscaíno Pérez Vicente, Lic. Compendio de Derecho Público y Común de España o de las Leyes de las Siete Partidas, Madrid, 1864.

de que nasce obligación entre ellos, que es otra manera de fiadura. (15)

En sí se copia gran parte de la legislación romana, nada más se hacen las modificaciones para la época, pero se siguió la influencia sobre el Derecho Español hasta la creación de su Código Civil en 1888.

Este Código consideró a la fianza como un contrato insistiendo en sus características, de acceso^{ria}, gratuita y unilateral. Establece la posibilidad de garantizar deudas futuras y que la fianza no exceda de la deuda asumida.

Analicemos ahora su evolución dentro del Derecho Mexicano.

Se desprende de lo anterior, que la fianza se consideró siempre como obligación accesoria, por la cual una persona se ha obligado con otra al cumplimiento de la obligación si ésta no lo hace.

Del contrato de fianza podemos deducir que se compone de tres sujetos: a) El beneficiario o acreedor; b) El deudor principal; c) El fiador que es aquél que contrae la obligación de pago adquirida por el deudor cuando éste no pueda o no quiera cumplir total o parcialmente con la obligación contraída.

(15) Viscalno Pérez Vicente, Lic. Compendio de Derecho Público y Común de España o de las Leyes de las Siete Partidas. Madrid, 1864.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, define a la fianza en su artículo 1813: "Fianza es la obligación que una persona contráe de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace". Posteriormente el Código Civil de 1884 repite íntegramente lo dispuesto por el Código de 1870, considerando a la fianza como obligación de pagar por otra, según los principios de la antigua Roma: "obligación de pagar por otra", aún todavía no se consideraba como contrato. Fué hasta el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, el que, en su artículo 2794 dice: Se le conceptúa como relación contractual; "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".

La regulación que se le dió a la figura jurídica de la fianza en este artículo, al considerarla como contrato de garantía, de carácter accesorio, que nace al constituirse una obligación ajena, obligación que se tiene que crear para que la fianza pueda existir, ya que la fianza sigue la obligación principal, cuya obligación es unilateral y gratuita, sigue estando acorde con los principios del derecho romano.

Por otra parte, nuestro derecho no distingue las formas de obligación, se concreta a señalar que la persona que se obliga a favor de otra cumplirá

con la obligación contraída y el acreedor podrá exigirle el cumplimiento de la obligación a uno o a otro.

Noneva y Puyo, considera en su libro introducción al Derecho Hispánico (16) a la fianza como contrato accesorio, por el cual una persona se obliga a responder subsidiariamente de las obligaciones de otra, por lo que toca a un tercero; encontramos que se sigue considerando sus dos características, accesorio y subsidiario, que no nace sin que previamente exista un contrato principal; la otra propiedad señalada por Noneva y Puyol (17) es la de responder en forma subsidiaria, ésto es, que si al momento de que la obligación contraída por el deudor es exigible, y no se obtiene el pago, aún en el caso de haber agotado los recursos necesarios para que se satisfaga la deuda, como segundo paso se dirigirá al fiador para que éste cumpla con la obligación. La característica de subsidiaridad favorece en gran parte al fiador, porque sólo se le exigirá la obligación, cuando se hallan agotado todos los medios en contra del deudor principal para que cumpla con la obligación.

Hemos señalado, a grandes rasgos, la evolución de la fianza civil desde su origen y transformación a partir de la época romana hasta nuestros días, por lo tanto, conociendo las características de desarrollo de la fianza civil, veamos cómo nace la fianza de empresa,

(16) Noneva y Puyol J. Introducción al Derecho Hispánico. Edít. Labor, S. A. Barcelona, pág. 263.

(17) Noneva y Puyol J., ob. cit., pág. 263.

que es el origen para crear el contrato de reafianzamiento.

Cuando nace en Mexico el contrato de fianza celebrado por una institución de fianzas, se empezó a considerar distinto del civil.

El 22 de mayo de 1895, se presentó una iniciativa de ley ante el Congreso, a fin de cubrir el requisito de la Ley Orgánica de la Tesorería General de la Nación, que exigía que a cada uno de sus empleados que manejaban fondos garantizaran el fiel desempeño de su puesto, y para tal efecto, deberían otorgar una fianza suficiente, que duraría el tiempo que estuviera el empleado en el desempeño de su labor, lo cual condujo a búsqueda de personal que pudiera garantizar con hipoteca o con prenda el pago de las responsabilidades en que pudiera incurrir, a consecuencia de la comisión de actos de infidelidad patrimonial.

Esta fué la razón para que, casi al concluir el período ordinario de sesiones del Congreso, le enviara el ejecutivo la iniciativa de ley el 22 de mayo de 1895. Se trataba de un ordenamiento de aplicación limitada ya que se redujo a la época de receso del Congreso y sólo tenía por objeto la importación a México de una empresa extranjera cuya finalidad era la práctica sistemática de un nuevo tipo de garantía personal, dentro del género de la fianza de derecho civil, pero realizada en forma sistemática, profesional y a título

oneroso; para garantizar el manejo de fondos de todos los empleados públicos y resolver así el ingente problema del riesgo administrativo del Gobierno Federal.

En su exposición de motivos, la Secretaría de Hacienda, autora de la iniciativa, hablaba de que una larga experiencia, había demostrado las dificultades para que los empleados públicos, cumplieran con el requisito de garantizar su manejo conforme a las leyes, dando por resultado que se viera precisado el gobierno a separar de la administración a empleados de notoria aptitud por falta de aquél requisito, o que se concedieran frecuentes prórrogas para otorgar la garantía, con peligro de los intereses públicos que, aunque provisionalmente, quedaban sólo encomendados a la honrrabilidad personal de los empleados, sin garantía eficaz para cubrir cualquier responsabilidad. (18)

Por decreto del 3 de junio del mismo año, se autorizó al Ejecutivo de la Unión para que otorgara concesiones a compañías nacionales o extranjeras para expedir fianzas y garantizar habitualmente el manejo de empleados públicos y privados.

La American Surety Co. of New York, fué la primera compañía a la que se le otorgó el contrato concesión, para expedir fianzas a los empleados de la Se-

(18) Legislación sobre Fianzas. Edit. Secretaría de Hacienda y Crédito Público 1958, pág. 13.

cretaría de Hacienda y Crédito Público. Para que el contrato concesión tuviera validez, el Ejecutivo de la Unión se basó en las disposiciones del artículo 640 del Código de Comercio de 1889, en que se hablaba de que las "Instituciones de Crédito, sólo podrían establecerse en la República previa autorización de la Secretaría de Hacienda y mediante contrato", así fué como la American Surety Co., pudo expedir fianzas conforme a la ley. Así se estableció en México la primera empresa afianzadora que se dedicó a otorgar las fianzas que tradicionalmente se conocen con el nombre de fianzas de fidelidad.

La parte más importante de ese contrato concesión, fué su clausulado, cuya finalidad era determinar la naturaleza y el contenido de la garantía que otorgaba la empresa ante la Tesorería General de la Nación para caucionar el manejo de los funcionarios, empleados y agentes de la Administración Pública con manejos de fondos. Precisaba los límites de la obligación accesoria del fiador, así como la vigencia de la garantía de manera que el fiador sólo pagará por los hechos que acarrearán consecuencias patrimoniales cometidas por el fiado durante la vigencia de la garantía.

La compañía afianzadora tenía la posibilidad de rechazar tanto a los empleados, como a los fiados, darlos de baja si no estimaba conveniente aflanzarlos, sin perjuicio del pago de una cobertura provisio-

nal.

Por primera vez se señala la retribución que obtenía la compañía afianzadora por parte del afianzado y a esta retribución se le llamó premio, cuyo monto podía no ser excesivo, ni arbitrario por estar regulado en una tarifa que fijó la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Próximo a vencerse el plazo de duración de contrato que con sujeción a las bases contenidas en el decreto de 3 de junio de 1895, celebró la Secretaría de Hacienda el 19 del mismo mes con la American Surety Co. of New York, para la expedición de fianzas con el objeto de garantizar las responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos de la federación, del Distrito Federal y de los Territorios, ha llegado la ocasión de que el representante de aquella compañía haya formulado sus proposiciones de prórroga del contrato a que se alude con las modificaciones sugeridas por la experiencia de casi quince años. (19) Recibía la Secretaría de Hacienda la petición de otras compañías afianzadoras de que se les autorizara a practicar operaciones de la misma naturaleza, acreditando su solvencia y crédito; así mismo, dar suficiente garantía para el cumplimiento de sus obligaciones, reducir los premios que en aquél entonces se pagaban por el otorgamiento de

(19) Legislación sobre Fianzas. Ob. cit., pág. 23

las fianzas y el aceptar substancialmente las mismas es tipulaciones del contrato concesión celebrado con la compañía americana y teniendo en cuenta la Secretaría de Hacienda los buenos resultados obtenidos con la práctica de que las fianzas se expidieran por compañías autorizadas para ello, pues por este medio se habían proporcionado a los empleados grandes facilidades para cumplir con el requisito que les imponía la ley de caucionar su manejo y las oficinas no tenían ya que preocuparse de calificar en cada caso la solvencia de los fiadores, por estar comprobada de antemano y por haber asegurado el cumplimiento y sumado todo ésto al beneficio que obtenía la Se cretaría con la ayuda que las compañías prestaban al gobierno, para la vigilancia sobre la conducta oficial y privada de los empleados, la cual influía poderosamente en la moralidad de los mismos, muchos de los cuales se conducían correctamente presionados por el miedo de que la compañía les retirara su fianza, lo cual ocasionaría la pérdida del empleo, hizo concluir a la Secretaría de Hacienda que todas las ventajas antes mencionadas, ganarían en importancia si en vez de prorrogar el contrato concesión a la American Surety Co. se establecían varias compañías, las cuales en interés propio estarían en competencia para mejorar el servicio, bien reduciendo los tipos de premio, proporcionando mayores facilidades, o bien, ofreciendo condiciones más favorables y estable-

ciendo mayor vigilancia sobre las personas que garantiza ren. (20)

Todo lo anteriormente expuesto, fundó la lni ciativa de ley que se presentó a las cámaras, expidiéndose en 24 de mayo de 1910 la ley de compañías de fianzas.

El 24 de junio del mismo año se publican las disposiciones concernientes a reglamentar el artículo 7o. de la ley de 24 de mayo donde se señaló que las fianzas deberían extenderse en forma de póliza y los términos para poder ser admitidas y aprobadas por las distintas dependencias.

La expedición de las treinta y dos reglas, que no hacían sino establecer en una forma general, propia de una ley o de una reglamentación, el régimen legal del contrato de fianza que a título oneroso otorgarían las compañías de fianzas que tuvieran autorización estatal para dedicarse a esa actividad.

La sola lectura de las treinta y dos bases, muestra que se siguió rigurosamente el contrato concesión de 15 de junio de 1895 con ligeras modificaciones. Son en realidad treinta y dos preceptos dirigidos a reglamentar a la fianza de fidelidad.

Se consignó la responsabilidad que incurría la compañía afianzadora la cual se limitaba a pagar solamente la cantidad por la que se había obligado y que es

(20) Legislación sobre Fianzas, ob. cit., pág. 24.

taba descrita en la póliza expedida.

Todas estas disposiciones constituyeron un avance en las fianzas expedidas por una empresa, pero al regir sólo a las fianzas expedidas a favor de la federación, en realidad sólo se expidió un reglamento sobre fianzas de fidelidad.

La Ley de Compañías de fianzas de 11 de marzo de 1925, fué expedida en uso de sus facultades por el entonces presidente don Plutarco Elías Calles.

Habla en su artículo primero de que quedaban sujetas a sus disposiciones todas las compañías nacionales o extranjeras que practicaran la expedición de fianzas a favor de la Hacienda Pública Federal, Gobierno del Distrito y Territorios Federales y Municipios de los mismos, expedición de fianzas en el Distrito Federal y Territorios Federales de toda clase de fianzas a favor de particulares, ya sean individuos o sociedades, el otorgamiento de toda clase de fianzas Judiciales, ante los Tribunales Federales y los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales.

Disposiciones tales que a pesar de que la ley era una norma para regular empresas mercantiles, no parecía darle un alcance federal, ya que no mencionaba la posibilidad de otorgar fianzas en los Estados.

Declaraba que las compañías de fianzas serían consideradas como instituciones de crédito y se

les aplicarían consiguientemente las disposiciones de la Ley General de Instituciones Bancarias de 31 de agosto de 1926.

La Ley de Compañías de Fianzas de 11 de marzo de 1925, contenía una norma con un preciso criterio de distinción de las fianzas que formaban el objeto propio de la función de la institución fiadora y de las fianzas de derecho civil aunque éstas fueran onerosas:

"Art. 27. Los individuos y las compañías no autorizadas en los términos de esta ley, sólo podrán practicar las operaciones a que se refiere el artículo lo., siempre que no las ejecuten habitualmente y con reducido número de personas; que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio; y que no empleen agentes que las ofrezcan".

Se expidió el 31 de agosto de 1926, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, dentro de la cual se codificaron todas las leyes dispersas en materia bancaria, quedando una sola ley con diversos capítulos, uno de los cuales incorporó la ley de 11 de marzo de 1925, cuyo articulado fué transcrito a la nueva ley, donde reimprime en forma literal el artículo 27 ya mencionado, que pasa a ser el 247 de la nueva ley.

Dos años después se promulgó el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1932, que contiene el artículo 2811, que es el correlativo al 247 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1926, establece:

"Art. 2811. Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente, en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan".

En ambas disposiciones, la del Código y la de la Ley Bancaria, se encuentra una norma de calificación de las fianzas, en civiles y mercantiles; estas últimas son las onerosas que se otorgan en forma sistemática, profesionalmente y usando formularios impresos como en todo contrato de adhesión.

La Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, caracterizó a la fianza de empresa como contrato mercantil, típico o nominado, señalando sus elementos esenciales a fin de distinguirlos de todos los demás contratos como son: a) La prestación del fiador; b) La prima o contraprestación del estipulante o proponen

te; y c) La empresa afianzadora que como presupuesto deberá contar con la autorización estatal.

Estableció a su vez, un procedimiento simplificado para el ejercicio de la acción directa, que como tercera beneficiaria tiene la hacienda pública, en las fianzas expedidas ante ella, contra la compañía fiadora.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, no cambió lo establecido por la ley anterior, sino por el contrario, conservó los elementos del contrato ya determinados por aquella.

De su articulado se desprende claramente el carácter mercantil de la fianza.

"Art. 12. 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 beneficiaria, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria".

Por otra parte el artículo 113, al hacer supletoria la fianza de empresa al régimen de la fianza civil, contenida en el Código Civil del Distrito Federal, permite equiparar la prestación de la institución fiadora con la garantía personal de la deuda ajena.

2. EL CONTRATO DE FIANZA CIVIL

Hemos visto cómo se consideró a la fianza en la época antigua, su evolución al pasar el tiempo y cómo la fueron adoptando en los diferentes países al contrato de fianza civil. Ahora analizaremos el contrato de fianza civil para después llegar a la fianza de empresa que es el origen del reafianzamiento.

Concepto: La fianza es un contrato, por el cual una persona llamada fiador, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se compromete con éste último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo haga. (21)

Naturaleza: El contrato de fianza, es un contrato unilateral y gratuito, pero admite pacto expreso en contrario, para que la fianza sea remunerada, onerosa.

Es un contrato de garantía y un contrato accesorio, por cuanto que la validez del mismo depende por fuerza de una obligación principal, ya existente o que pueda nacer, cualquiera que sea la fuente de dicha obligación, puesto que la obligación principal puede dimanar de la ley, de una resolución judicial, de una declaración unilateral de voluntad, o de otro

(21) Sánchez Medel R. De los Contratos Civiles. México 1973, Edit. Porrúa, pág. 354.

contrato. (22)

Con la sola lectura del artículo 2794 del Código Civil vigente, la obligación del fiador queda bien determinada como la de pagar la deuda ajena.

Por esta razón la fianza se ha considerado siempre como una garantía personal, es decir, como una seguridad adicional que viene a tener el acreedor de la deuda ajena, o sea de la deuda garantizada por el fiador, para asegurar el cumplimiento o pago de tal deuda principal. Por su carácter de garantía personal, es evidente que nadie puede ser fiador de su propia deuda, ya que esta tiene la garantía general de todos los bienes del deudor.

En la fianza se agrega un nuevo deudor accesorio al deudor principal, como garantía de la deuda de este último, es decir, de una deuda ajena.

En suma, la fianza es siempre garantía de la deuda ajena y es también invariablemente garantía personal.

De la definición de la fianza, contenida en el artículo 2794 del Código Civil Mexicano se desprende necesariamente su carácter accesorio de la obligación del fiador, porque ésta depende ineludiblemente para su existencia, de una obligación principal que es la garantizada. En efecto, el artículo 2797 del Código Ci

(22) Sánchez Meda R., Ob. cit., pág. 354

vil para el Distrito y Territorios Federales, categóricamente expresa, que la fianza no puede existir sin una obligación válida. Sin embargo, y no obstante recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada por una excepción puramente personal del obligado, la fianza así otorgada puede tener validez.

Lo anterior está en concordancia con el artículo 2812 del Código Civil citado en que se establece que el fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor.

Consecuencia de lo anterior, es que aunque esté viciada de nulidad la obligación principal garantizada, mientras no sea declarada nula judicialmente, producirá todos sus efectos y también la obligación del fiador subsistirá por su carácter accesorio.

Sobre el carácter de accesorio de la fianza, Rojina Villegas, apunta: "Que si bien el artículo 2797 acepta que la validez de la fianza que recaiga sobre una obligación anulable, en virtud de que la nulidad relativa sólo puede ser invocada por el deudor principal. Sin embargo, éste intenta la nulidad u opone la excepción respectiva y el Juez declara dicha nulidad, es evidente que la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido también la relación jurídica principal". (23)

(23) Rojina Villegas R. Derecho Civil Contratos. Méx. 1944, Edt. Jus, pág. 490

Se demuestra el carácter accesorio del contrato de fianza, que para poder existir debe contener una obligación principal válida.

En derecho civil la noción de fianza se completa con dos características muy destacadas: es por regla general, unilateral y gratuita, ya que la posibilidad de que el contrato de fianza se fije como oneroso y bilateral, según lo establece el artículo 2795 del Código Civil de 1928, no significa que la onerosidad, derivada del pacto de una contraprestación del estipulante de la fianza, sea un elemento esencial específico del contrato.

Así pues, sea gratuita o sea onerosa, la fianza civil en nuestro derecho, no se altera en su naturaleza propia, el pacto eventual de una compensación a favor de quien toma a su cargo la garantía, está en otras palabras, fuera del negocio típico que significa el contrato de fianza civil.

Así pues, la onerosidad que se resuelve con el pago al fiador de una contraprestación por el contratante de la fianza, no constituye un elemento esencial o requisito del contrato de fianza en el derecho civil.

El contrato de fianza civil es unilateral y gratuito. El fiador contráe frente el acreedor obligaciones: la de cumplir si el deudor no lo hace; no obtiene un beneficio ni una ventaja; solamente una carga, la de su obligación de pagar, de cumplir por el deudor

si éste no lo hace. El contrato es gratuito porque no hay reciprocidad en los provechos, sino que los beneficios son para el acreedor, y las cargas para el fiador.

3. LA FIANZA DE EMPRESA

El contrato de fianza de empresa es la fianza onerosa que constituye la actividad propia, sistemática y exclusiva del empresario afianzador. (24)

Partiendo de esta definición, vemos que la fianza de empresa es onerosa y para que tenga ese carácter, será necesario que se otorgue en póliza (25); que se pague una contraprestación o prima; que se expida en forma habitual; que no se realice en forma eventual, sino que sea una práctica; y que además, la expida una empresa dedicada a ese negocio; constituida para ese fin, y para tal efecto, seguirá los requisitos exigidos por la legislación (26). Deberá constituirse como sociedad anónima de nacionalidad mexicana, cuyo objeto único será otorgar fianzas en los términos del artículo 10. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Su capital mínimo será de un millón quinientos mil pesos, íntegramente pagados. (27)

Esta cantidad varía de acuerdo al tipo de obligaciones que la compañía adquiera, pero en cualquiera de los casos deberá estar pagada íntegramente; su du

(24) Ruiz Rueda Luis. La Fianza de Empresa a Favor de Tercero. Méx., 1956, pág. 21.

(25) Ruiz Rueda Luis, ob. cit., pág. 42

(26) Ruiz Rueda Luis, ob. cit., pág. 24

(27) Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, Art. 30., Fracción II.

ración será indefinida (Art. 3o. de la Ley General de Instituciones de Fianzas) y cuando sobrevenga alguna de las causas que dispone el artículo 104 del mismo ordenamiento, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá revocar la autorización. (28)

El artículo 1o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece: "La institución de fianzas es una sociedad anónima autorizada previamente por el Gobierno Federal para expedir fianzas a título oneroso". Surge una pregunta de este artículo: Si una institución de fianzas expide fianzas a título oneroso ¿el contrato que realiza será conmutativo o aleatorio?

El Código Civil de 1928 en su artículo 1837 establece: "Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquél en que el provecho es solamente para una de las partes".

La fianza de empresa siempre será onerosa, porque es necesario que se otorgue en póliza y se cubra una contraprestación o prima por parte del estipulante. Estos son elementos específicos de la fianza de empresa, por lo que la fianza de empresa forzosamente debe ser onerosa.

El artículo 1838 del mismo ordenamiento establece: "El contrato es oneroso conmutativo, cuando las prestaciones que se deban las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pér

dida que les cause éste". De aquí se desprende lo siguiente, si bien es cierto que al expedir la fianza el contratante deberá pagar la contraprestación o prima, ésto no será suficiente para considerar al contrato como conmutativo, en virtud de que sólo el contratante sabe que deberá pagar la prima, en cambio la institución afianzadora ignora si la obligación que garantizó será exigible al cabo del tiempo y tendrá que pagar la cantidad por la cual se obligó. El mismo artículo en su parte segunda ordena: "Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice".

De aquí se desprende que si bien es cierto que la institución de fianzas recibe una cierta cantidad por parte del fiado y que esta cantidad deberá cubrir la anualmente durante la vigencia de la fianza; por otra parte, no se sabe a ciencia cierta si la obligación garantizada se hará exigible a su cargo, en consecuencia, el contrato se considera parcialmente aleatorio, no totalmente. Esta característica es más bien propia de otros contratos, como son el juego y la apuesta, compra de esperanza, donde la ganancia o pérdida está supeditada a que sea cierto un acontecimiento. Por lo tanto, el contrato de fianza de empresa es aleatorio relativamente si consideramos solamente el pago de la prima por parte del solicitante.

Aunque este concepto no parece muy exacto, por cuanto que en el contrato, hay elementos aleatorios que impiden precisar o evaluar la pérdida o ganancia que deriva del contrato. Cabe destacar, que en los contratos aleatorios lo que para una de las partes es ganancia al realizarse el acontecimiento, para la otra parte viene a ser pérdida, o sea, que hay aquí una reciprocidad entre la ganancia de uno y la pérdida experimentada por el otro; por lo tanto, la definición general del artículo 1838 se podrá aplicar a la fianza, aún en el caso de no dirigirse a este tipo de contrato.

La fianza de empresa es considerada como acto absolutamente mercantil. El artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece: "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 beneficiarios, solicitantes, fiados, contrafiadores u obligados solidarios, excepción hecha de la garantía hipotecaria".

La reglamentación particular de la fianza de empresa surgida en la ley de 1942, se conservó en la de 1950, cuyo artículo 113, contiene esta regla para integrar el régimen de esta fianza mercantil.

"Art. 113. En lo no previsto por esta ley, regirá la legislación mercantil y el título décimo tercero de la segunda parte del II-

bro cuarto del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales".

Lo que demuestra la mercantilidad de la fianza.

Nuestro Código de Comercio de 1889, vigente en su artículo 75, no reguló a la fianza mercantil como acto de comercio, a diferencia del Código de Comercio Español de 1885, vigente, que en su artículo 439 establece: "Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere como objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aún cuando el fiador no fuere comerciante". Esta ley al regular el afianzamiento para asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil le da la característica de mercantil, más no a la empresa afianzadora.

En la fianza de empresa se encuentran como elementos esenciales específicos, los siguientes:

a) La prestación del fiador que debe consistir en la garantía personal de la deuda ajena, elemento común a la fianza civil y a la fianza de empresa, pues ambos contratos son de garantía personal y no de garantía real como lo son en cambio la prenda y la hipoteca. Además, tanto la fianza civil como la fianza de empresa garantizan la deuda ajena y no la deuda propia.

b) La contraprestación del contratante de la fianza, que se llama prima.

c) Que el fiador sea una sociedad mercantil organizada como empresa afianzadora y autorizada por el

Estado para el ejercicio sistemático de tal actividad.

(29)

Conociendo las características de la fianza expedida por una institución de fianzas, podemos definir como fianza de empresa "toda fianza expedida por una sociedad autorizada conforme a la ley, para obligarse sistemáticamente como fiadora a título oneroso y personal por deudas ajenas".

4. DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE EMPRESA

Es necesario plantear las diferencias tan grandes que existen entre la fianza civil y la fianza de empresa.

La fianza civil no es onerosa, porque aun en el caso de que el deudor pague al fiador una cantidad, no deja de ser gratuita, ya que el requisito para considerarla onerosa sería el de que la fianza se otorgue en forma de póliza y que se pague una contraprestación o prima que sería la cantidad pagada por la obligación contraída.

Otra diferencia es la señalada por el artículo 2811 del Código Civil de 1928, que establece: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título las fianzas otorgadas por individuos o compañías acciden-

(29) Ruiz Rueda Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. Crítica y Contraproyecto. Méx, 1960, pág. 101.

talmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan".

Por otra parte, la fianza civil puede contratarse por quien tenga capacidad jurídica para obligarse. En cambio la fianza de empresa sólo puede ser expedida por compañía afianzadora debidamente autorizada.

Por otro lado, la fianza de empresa tiene su propia reglamentación en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y sólo en casos concretos se aplicará en forma supletoria, a la legislación mercantil la civil, la aplicación supletoria sólo se manifiesta en la parte relativa a la noción del contrato de fianza, pues a falta de un texto que defina esa figura nos obliga a recurrir al artículo 2794 del Código Civil de 1928, en que se determina que la fianza es el contrato por el cual el fiador se compromete con el acreedor a pagar la obligación del deudor si éste no lo hace. El contenido de la prestación del fiador, precisamente por esta función, consiste en garantizar la deuda ajena independientemente de que se trate de fianza civil o fianza de empresa.

En suma, la fianza de empresa tiene elementos específicos que la distinguen de la fianza civil, como son la mercantilidad, la prima, la empresa afianza-

dora, la forma de otorgar las fianzas, condiciones que no puede cumplir el fiador en la fianza civil.

CAPITULO III

QUIENES OPERAN LA FIANZA DE EMPRESA

Sumario: 1. Naturaleza. 2. Función. 3. Operación. 4. Organó de consulta y vigilancia.

Hemos analizado en el capítulo primero de este trabajo a la fianza de empresa y su diferencia con la fianza civil. Asentamos que tiene un régimen propio así como un orden especial; cabe ahora dirigirnos a las personas morales que tiene como único fin otorgar fianzas onerosas en forma sistemática y profesional para lo cual se constituyen.

1. NATURALEZA

La expedición de fianzas onerosas sólo se permite en forma habitual a las Instituciones de fianzas, las personas no autorizadas conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que las otorguen serán sancionadas. (1)

Para corroborar lo señalado, el artículo 2811 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 establece: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes para que las ofrez-

(1) Art. 7o. Ley Federal de Instituciones de Fianzas

can'. Se desprende de lo anterior que por ningún motivo podrán dedicarse a la expedición de fianzas en forma sistemática personas físicas o morales, sin tener autorización expresa por parte del Estado; por lo tanto, la diferencia del otorgamiento de fianza civil y de empresa será que en la fianza de empresa la expedición de la fianza es una operación que sólo puede ser efectuada por una sociedad fianzadora ya que es una actividad profesional. (2) Para lo cual se vale de una organización económica apta para otorgar esas garantías personales, sistemáticamente y con la autorización estatal para ello. (3)

Esta organización económica es la Institución de fianzas que debe constituirse en la forma de sociedad anónima, de nacionalidad mexicana y organizada conforme a las disposiciones relativas de la Ley de Sociedades Mercantiles y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el efecto de otorgar fianzas a título oneroso (Art. 1o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Además de constituirse como sociedad anónima, la institución de fianzas, para poder operar, requiere de un acto administrativo, del poder público, que es la autorización que confiere el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, discre-

(2) Ruiz Rueda Luis. La Fianza de Empresa a Favor de Tercero. México, 1956, Pág. 20.

(3) Ruiz Rueda Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. Méx. 1960, pág. 102.

cionalmente. (4)

Una vez formada la empresa afianzadora y cumplidos los requisitos exigidos, a su vez deberá satisfacer los siguientes:

1. Tendrá por objeto otorgar fianzas a título oneroso.

2. Su capital social será de un millón quinientos mil pesos íntegramente pagados.

3. Su duración será indefinida.

4. La escritura social y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien ordenará sin previo mandamiento judicial, la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio y al domicilio social (Art. 4o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

5. Las autorizaciones otorgadas, serán publicadas a costa del interesado en el "Diario Oficial de la Federación" y en el periódico que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (Art. 6o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

2. FUNCION

Las instituciones de fianzas han realizado, en el medio mexicano una función especializada de otorgamiento de garantías, empleando sus sistemas de opera-

(4) Alvarado González Héctor. ¿Son las Instituciones de Fianzas Organizaciones Auxiliares de Crédito? Tesis Profesional. Escuela Libre de Derecho. Méx. 1972.

ción y dirigiéndolos hacia el logro de esa finalidad.

En consecuencia, la finalidad exclusiva del empresario afianzador es el otorgamiento de fianzas onerosas, lo que significa que la sociedad sólo existe para ese fin,⁽⁵⁾ el de lucro.

Por lo tanto, la función de otorgar una garantía personal para el pago de deuda ajena, en forma sistemática, profesional y habitualmente sólo lo podrán hacer las instituciones de fianzas constituidas conforme a la ley para ese fin.

3. OPERACION

El sistema de operación se ha estructurado de modo tal que las instituciones de fianzas cumplan con su objeto único que es el otorgamiento de fianzas a título oneroso, y para tal efecto, el legislador pronunció un régimen normativo propio, restringiéndolas al del Derecho Mercantil y señalando que 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 sean como beneficiarios, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias a excepción hecha de la garantía hipotecaria. (Art. 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

(5) Rulz Rueda Luis. Ob. cit., pág. 24

Una vez obtenida la autorización y satisfecho los requisitos exigidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público inicia las operaciones con el público.

Ahora bien, las instituciones de fianzas, otorgan sus fianzas mediante un contrato en forma habitual, sistemática y profesional para lo cual tiene que garantizar su recuperación, cualquiera que sea el monto de su responsabilidad que contraiga de acuerdo con el otorgamiento de sus fianzas. (Art. 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Pero existe una limitación que corresponde al límite para obligarse, al que se denomina margen de operación y éste, está constituido por el 15 % de su capital.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público fijará periódicamente el margen de operación de las sociedades afianzadoras el que publicará en el "Diario Oficial de la Federación" (Art. 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). Esto obedece a que el Estado en una actitud paternalista vigila los intereses de las personas que buscan las garantías y mediante la revisión periódica y estricta de las sociedades afianzadoras no permitiría que llegaran a la insolvencia.

Cuando una institución de fianzas auma una misma responsabilidad que no exceda de su margen de operación determinará libremente las garantías que la res-

palden, siempre que sean suficientes y comprobadas. Pero si la responsabilidad asumida excede de su margen de operación la sociedad deberá tener alguna de las garantías señaladas en el artículo 21 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, previamente aprobadas por el órgano de consulta y vigilancia dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (6)

Al rebasar su margen de operación la sociedad afianzadora deberá tener garantizada la recuperación mediante:

- a) Prenda. Consiste en dinero en efectivo o en valores, cualquiera que sea el valor de la fianza, los que deberán ser depositados al tercer día en una institución de crédito que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los que sólo podrán disponer por mandato expreso de la Secretaría, sin estos requisitos no podrán ser aceptados por la sociedad afianzadora. (7)
- b) Hipoteca. Esta garantía de acuerdo con el importe de la fianza no será superior al 50 % del valor del inmueble previamente

(6) Art. 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(7) Art. 24 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

te valorado por una institución de crédito. (8)

c) El fideicomiso como otra forma de garantizar la recuperación y será aceptada sobre bienes o derechos presentes no sujetos a condición, aplicando al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por la ley para las demás garantías. (9)

d) Considera como otra forma de recuperación a la garantía que consiste en obligación solidaria o contrafianza, teniendo como base a un deudor solidario con la empresa afianzadora y este deudor solidario deberá tener bienes raíces libres de gravámenes, suscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio y cuyo valor de los bienes garantice la recuperación de la empresa afianzadora en cuyo caso el monto de la responsabilidad fiadora no excederá del 50 % del valor de los bienes, quedando a juicio su aceptación por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (11)

(8) Art. 25 de la Ley Federal de Instituciones de Fzas.

(9) Art. 26 de la Ley Federal de Instituciones de Fzas.

(10) Art. 27 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Esta obligación solidaria traería como consecuencia que se considerara una solidaridad pasiva conforme a la parte final del artículo 1987 del Código Civil de 1928, cuando existen dos o más deudores que reporten la obligación de prestar cada uno de por sí en su totalidad, la prestación debida (11) lo que traería como consecuencia que el beneficiario de la fianza exigiera el total del pago ya sea a la sociedad afianzadora o a los obligados solidarios; esto no lleva a otra figura conocida como coafianzamiento que es exigida por la ley para garantizar su recuperación. Existirá el coafianzamiento cuando dos o más instituciones otorguen fianzas ante un beneficiario, garantizado por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado. En el coafianzamiento no existe la solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía. (12)

El artículo 116 de la vigente Ley Federal de Instituciones de Fianzas es tan amplio que parece regir en el caso de existir diversas fianzas otorgadas por sociedades afianzadoras en las que se supone que cada una de ellas es la única fiadora, si hay lugar a la aplica-

(11) Medina Avila Jorge. Cómputo de la Prescripción en la fianza de Empresa. Escuela Libre de Derecho, México, 1974.

(12) Art. 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

ción del beneficio de división, puesto que todas ellas se han obligado por el monto total de su fianza que probablemente coincide con el monto de la obligación principal garantizada y en ese caso debe reglamentarse la situación en que queden colocadas esas diversas afianzadoras. En la práctica las empresas afianzadoras han entendido restringida su aplicación al caso del coafianzamiento conocido por todas las empresas que en esa operación intervienen y en esa inteligencia se obligan.

Por lo tanto, la práctica invariable de las sociedades afianzadoras, se funda, no en un deseo de defensa de las mismas sociedades, sino en un sistema de operación que impone la ley administrativa de control, en beneficio no propiamente de los fiadores empresarios, sino del público que con ellas contrata. (13)

Las anteriores figuras en que opera la fianza de empresa se pueden contratar aún cuando no exceda del margen de operación. El párrafo cuarto del artículo 21 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece: "Reafianzamiento o reaseguro que cubrirá el excedente del margen de operación".

e) Reafianzamiento o reaseguro, el contra

(13) Ruiz Rueda Luis, El Contrato de Fianza de Empresa, ob. cit., pág. 68.

to de reafianzamiento que se analizará en forma especial en el capítulo III de este trabajo. Cabe hacer mención que la denominación reafianzamiento deriva directamente del término reaseguro y se emplea a semejanza de como se usa es te último en materia de seguros, sólo que el legislador olvidó que el reaseguro y el reafianzamiento son contratos tan diferentes entre sí como lo son el seguro y la fianza.

El contrato de reaseguro no es sino una es pecie del contrato de seguro contra daños y el contrato de reafianzamiento no es a su vez sino una especie del contrato de fianza de empresa. (14)

Por lo tanto al analizar el reafianzamiento y el reaseguro, vemos que son un instrumento contractual, creado por las compañías afianzadoras y aseguradoras para garantizar por una parte obligaciones que pueden poner en peligro su régimen económico y por otra una mayor gama de riesgos, ya que en una y otra, al sobrepasar su margen de operación y su límite de retención deberán estar cubiertas para su recuperación.

(14) Ruiz Rueda Luis, El Contrato de Fianza de Empresa. ob. cit., pág. 62.

En sí la creación del reafianzamiento y por tanto la utilización de la terminología del reaseguro, son por falta de terminología específica para cada una de las Instituciones; si coincidimos en que el nacimiento del contrato de reafianzamiento fué posterior al reaseguro, y la necesidad misma de utilizarlo y seguir un procedimiento parecido, son completamente distintos en el fondo, como alcaramos.

El contrato de reafianzamiento es una necesidad primordial en el régimen de las fianzas, dirigido a recuperar parte de las pérdidas sufridas con motivo de sus garantías originales. El contrato de reafianzamiento presupone siempre la existencia de un contrato de fianza anterior, estipulado entre un proponente y una empresa afianzadora, a favor de un tercero que sería el acreedor o beneficiario. Por tanto, se ha asumido una obligación a favor de tercero presupuesto característico de la fianza, la garantía de la deuda ajena, al mismo tiempo nace la posibilidad de producirse un hecho que haga exigible la obligación, lo que traería como consecuencia que la deuda surgida contra el patrimonio, rebase su margen de operación, y a su vez ponga en peligro la garantía de obligación asumida. Cabe hacer la aclaración que en el funcionamiento de la fianza al ser expedida, se presupone la existencia de obligados solidarios para la pronta recuperación;

en caso de no existir el reafianzamiento, éste debería proveer de fondos de conformidad con el monto de su obligación en cada contrato.

Por otra parte, puede considerarse que existe una similitud entre el reafianzamiento y el reaseguro en cuanto a sus elementos, ya que los dos contratos son bilaterales e independientes de su causa generadora, causas que son por demás diferentes como veremos a partir de la fianza:

Fianza

a) Los elementos constitutivos de la fianza son tres: el fiador, el deudor y el beneficiario.

b) Vínculo existente entre estos tres elementos. Tiene su fundamento en la obligación contraída por parte del afianzador al contraer la deuda ajena a favor de un tercero, característica de los contratos accesorios de garantía.

c) Vínculo existente entre el reafianzado y el reafianzador, es distinto al que existe entre el afianzador y el fiado o el afianzador y el beneficiario, ya que como señalamos anteriormente, el acreedor no tiene acción contra el reafianzador, en virtud de que el contrato celebrado entre reafianzado y reafianzador, crea obligaciones diferentes, distintas a las nacidas en la relación fiado, afianzador y beneficiario.

Las obligaciones que asumen las compañías

afianzadoras en sus contratos de reafianzamiento, en el fondo son distintas a las que asumen las compañías reaseguradoras, ya que por una parte unas garantizan obligaciones, y otras cubren riesgos.

Por lo tanto, la finalidad, tanto del reafianzamiento como del reaseguro, es, independientemente de sus orígenes, recuperar parte de las cantidades sufragadas con motivo de las obligaciones asumidas y riesgos contraídos, cuando se ha rebasado el margen de operación y el límite de retención.

Aún en el caso de que se pudiera considerar al reafianzamiento igual al reaseguro, hemos visto que son contratos distintos, ya que los elementos esenciales del reaseguro, aunque es contrato bilateral, el contrato que lo hace surgir tiene elementos completamente distintos a los de la fianza.

Seguro

a) El contrato de seguro se constituye por un asegurado y un asegurador.

b) Este contrato es indemnizatorio, no de garantía; por lo tanto, la empresa aseguradora necesita que exista un riesgo que al realizarse el evento tendrá que indemnizar o resarcir una cantidad. Por esto, el seguro no es un contrato de garantía, sino un contrato indemnizatorio que cubre un riesgo, no garantiza obligaciones a favor de un tercero.

c) El vínculo existente entre asegurado y asegurador, es distinto al existente entre el reasegurado y reasegurador. Por lo mismo no podrá el asegurado exigirle al reasegurador el cumplimiento de sus obligaciones.

En sí, las obligaciones que contienen cada uno de los contratos de reafianzamiento y reaseguro no guardan relación en género y especie, y así pues, en la técnica aseguradora al entrar como elemento esencial el reaseguro, o sea la división del riesgo asumido por un asegurador: el reaseguro permite recoger grandes masas de riesgos, mediante la transferencia de parte de estos, el fraccionamiento de la suma mediante la transferencia conforme a los diferentes tipos de contratos que existen, nos muestra una vez más la enorme diferencia que existe entre el reaseguro y el reafianzamiento.

En definitiva, el reafianzamiento y el reaseguro son contratos diferentes que no se pueden confundir. Los diversos tipos de contrato son distintos porque las empresas afianzadoras tienen un margen de operación del cual no pueden retener ninguna cantidad; en cambio, las empresas aseguradoras cuentan con un límite de retención del que pueden manejar parte, y cederlas en sus determinados métodos en reaseguro. Por lo tanto, el reafianzamiento y el reaseguro, técnicas utilizadas por las compañías afianzadoras y aseguradoras, son ecamina-

das a obtener por una parte mayores negocios cada una dentro de sus ramas, y por otra, no poner en peligro su régimen patrimonial.

4. ORGANO DE VIGILANCIA Y CONSULTA

La inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas así como de sus agentes para el efecto de verificar el fiel cumplimiento del orden normativo que las circunscribe está a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. (15)

En efecto, el oficio circular número 23233799 de fecha 14 de junio de 1972, se señala que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros deberá conocer de todas las cuestiones de política y dirección en materia de instituciones de fianzas y sus agentes, así como aquellas otras que en razón de su importancia o por afectar el interés público, sin perjuicio de la intervención que en estos aspectos pudiera tener esa Comisión como órgano de consulta y vigilancia. (16)

Dentro de las facultades de este órgano de consulta y vigilancia tenemos las siguientes:

- a) Aprobación de las fianzas que excedan de

(15) Art. 76 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(16) Revista Mexicana de Fianzas. Vol. octavo, México 1972.

su margen de operación de las instituciones afianzadoras.

b) Registro y publicación de los facsímiles de sus firmas en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los documentos que acrediten la facultad de los representantes de la institución. (17)

c) Ordenes de registrar pasivos por falta de garantías o por procedencia de reclamaciones.

d) Aprobación de la papelería de las sociedades afianzadoras, así como su reimpresión. (18)

e) Las primas que cobren se sujetarán a las tarifas que apruebe la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (19)

El órgano de consulta y vigilancia además de las facultades que ya señalamos respecto a su forma de operación de las sociedades, también respecto del régimen económico tiene ingerencia ordenando se practiquen visitas a las instituciones de fianzas con el objeto de comprobar la exactitud de sus informes, regularidad de sus operaciones y estado patrimonial. (20)

Las sociedades afianzadoras son las únicas que pueden otorgar fianzas de empresa por ley, como he-

(17) Artículo 79 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(18) Artículo 80 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

(19) Artículo 81 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

(20) Artículo 87 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

mos visto para poder fungir como empresa fiadora para el pago de deudas ajenas, se deberá cumplir con los requisitos exigidos por los distintos ordenamientos y una vez que se han cumplimentado obtendrán la autorización por parte del Estado que velará por los intereses de los particulares que solicitan las garantías y para protegerlos ha establecido diversos ordenamientos para garantizar la pronta recuperación con motivo de las fianzas otorgadas por las empresas afianzadoras, y así evitar que si por algún hecho las sociedades pudieran llevar a la insolvencia no desfavorezcan a las personas que buscaron la garantía.

Debido a la imperiosa necesidad de vigilar los intereses del público y sobre todo el funcionamiento de las instituciones de fianzas, existe un órgano de consulta y vigilancia dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público donde el Estado ejerce toda su autoridad y soberanía.

C A P I T U L O I I I

REAFIANZAMIENTO

Sumario: 1. Antecedentes legislativos. Naturaleza jurídica del reafianzamiento. 2. Constitución. 3. Clases de reafianzamiento. 4. Autonomía del contrato de reafianzamiento y su relación con el acreedor o beneficiario.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. NATURALEZA JURIDICA DEL REAFIANZAMIENTO

La figura jurídica conocida como reafianzamiento sólo se encuentra en la fianza de empresa y es utilizada por las compañías de fianzas en forma sistemática cuando al expedir una fianza se rebasa su margen de operaciones, lo cual debe garantizarse para prever una pérdida considerable, sin cuyo requisito no se permite contratar por así establecerlo el artículo 21 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente. Esta ley ordena que se garantice 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

Es así como las compañías afianzadoras ofrecen esos excedentes a otras compañías para recuperar parte de esas pérdidas que pudieran tener, y no llegar a la insolvencia por cumplimiento de la responsabilidad de alguna de sus fianzas; este procedimiento se puede parecer al reaseguro. Desde luego fué el primero en

aparecer en nuestro derecho, inclusive se piensa en que el legislador pudo confundirlo al ver la necesidad de aplicarlo al régimen de las fianzas, en virtud de previsiones para garantizar cantidades mayores, y en la época en que surgió, sólo se conocía el reaseguro como procedimiento para esa garantía. Quizá esta sea la causa de que a la fecha la legislación en materia de reaseguro es incompleta.

En la Ley de Compañías de Fianzas del 11 de marzo de 1925, se menciona la palabra reaseguro en el artículo 15, refiriéndose al caso en que no se pudiera descontar cantidad alguna por su reserva de premios en vigor por reaseguros hechos en compañías que cumplieran los requisitos exigidos por la ley; ésto no presenta una imagen clara de que se utilizará en sí el reaseguro como tal. (1) Posteriormente, en la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926, se repite en su artículo 236 lo establecido por la Ley de Compañías de Fianzas; hasta esa fecha todavía no se le daba la importancia que necesitaban las operaciones de reafianzamiento, permaneciendo al margen de la ley. (2)

Fué hasta la exposición de motivos del de-

(1) Legislación sobre Fianzas. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pág. 43.

(2) Legislación sobre Fianzas, ob. cit., pág. 56.

creto de 28 de diciembre de 1933, donde se da verdadera importancia a los reafianzamientos, lo que constituye un gran paso al reconocerse esta figura jurídica nueva en nuestra legislación. Se consideraba a la fianza y al reafianzamiento igual, sin hacer mención a alguna diferencia, lo que estimamos negativo ya que la fianza como obligación accesoria es completamente distinta al contrato realizado por parte de las compañías afianzadoras, que aún en el caso de tener una relación con el negocio principal establece obligaciones entre las compañías, que no son las mismas que se crean entre el afianzador, el fiado y el beneficiario, como señalaremos posteriormente al analizar las formas para constituir el reafianzamiento.

Se autorizó a las compañías afianzadoras que operaban en el país conforme a la ley, a obtener de una compañía extranjera no autorizada, la garantía de "parte de los riesgos". Si detenemos nuestra atención y analizamos la expresión "parte de los riesgos" veremos que fué tomada del contrato de reaseguro, y ésta no corresponde a la fianza, ya que ahí no existe riesgo, pues el riesgo en el seguro es el elemento que integra el fundamento de ese contrato que obliga al asegurado al pago de la prima y al asegurador a reparar el daño o a entregar la suma convenida al cumplirse la condición. Ese riesgo es incierto y al transcurrir el tiempo se puede convertir en cierto, lo cual trae como consecuencia, la reparación del daño o la indemnización. Por su parte, la fianza es una obligación accesoria que se constituye para garantizar la obligación principal por un tercero, en donde no existe riesgo como elemento principal, aun

que sí la obligación de garantizar el cumplimiento de la obligación afianzada.

Lo importante es que al autorizar los reafianzamientos, se dió una mejor garantía a las obligaciones contraídas por las compañías al existir otra confirmatoria con los mismos objetivos.

Por otra parte, el legislador señaló que la razón por la que autorizaba los reafianzamientos con compañías extranjeras no autorizadas para operar en el país, se basaba en que si el reafianzamiento se llevaba a cabo por otra compañía que conocía los sistemas de operaciones, tanto internacionales como internos, no era necesario su control. Añadió que como no existe riesgo, no hay igual problema como en el reaseguro, (3) aún en el caso de tomar la palabra reaseguro no quiere señalar que deba tomarse en estricto, ya que el contrato de reaseguro es utilizado en forma similar al contrato de reafianzamiento por las instituciones de seguro; por otra parte, como hemos señalado, el reaseguro implica un tipo diferente de obligaciones que no corresponden a las originales de la fianza, lo que sucede es que el legislador la confundió al no encontrar la terminología apropiada.

Otra de las razones era que las compañías afianzadoras podía obtener mejores negocios al contratar "riesgos" más fuertes, y por medio del reafianzamiento aceptarían esos cargos sin configurar un peligro a su solvencia, y a su vez no formar una incertidumbre en la persona que buscó la garantía ya que el contrato no era

(3) Legislación sobre Fianzas, ob. cit., pág. 71

en su perjuicio y sí para su beneficio. Sin embargo, a la persona que contrataba la fianza se le consideraba ajeno al contrato de reafianzamiento.

Por otra parte, al existir en ese tiempo só lo dos compañías dedicadas a la expedición de fianzas, había necesidad de que estuvieran cubiertas las operaciones con otra de reafianzamiento y fueran vigiladas y limitadas por la ley.

Posteriormente se fijaron las bases necesarias para que las fianzas que rebasaran el margen de operación, deberían reafianzarse, o, en su caso, constituyeran una contragarantía suficiente, a juicio de la Secretaría de Hacienda. Esto se hizo con el fin de que quedara perfectamente garantizada la obligación y prevenir, si se llegara a cubrir la cantidad afianzada, a la compañía afianzadora para que no sufriera una pérdida considerable y llegara a la insolvencia, por lo que el procedimiento sería reafianzamiento o contragarantía, lo que garantizara mejor la obligación contraída.

El 15 de abril de 1940, se establecen las disposiciones generales relativas a reafianzamientos y contragarantías donde se señala como novedad que los reafianzamientos se podrán constituir con una compañía mexicana de fianzas autorizada, o una extranjera no autorizada, lo que denota la existencia de varias compañías operando en México. Respecto a las contragaran-

tas exigidas, subsisten los mismos requisitos.

Siguieron dictándose disposiciones que no llegan a reformar realmente los principios, ya que se seguía exigiendo reafianzamientos o contragarantías cuando se excedía de la cantidad señalada para realizar las operaciones autorizadas a la empresa.

Fue hasta la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, en la exposición de motivos, que se precisa la necesidad, de un examen profundo para no seguir equiparando la fianza al seguro, se señala que las compañías de fianzas no asumen ni distribuyen riesgos, sino solamente se constituyen en obligadas directas frente al acreedor de la operación.

En la exposición de motivos se hace notar la necesidad de utilizar una terminología para las fianzas y los seguros, asentando que las compañías de fianzas "no asumen ni distribuyen riesgos". Sin embargo, el artículo 24 dispone "los excedentes que tengan las instituciones de fianzas sobre límites de retención ne en cada riesgo afianzado, deberán cederlos preferentemente en forma de reafianzamiento o coafianzamiento a instituciones autorizadas". En este artículo vuelve a utilizar la palabra "riesgo" que contraviene lo especificado en la exposición de motivos, lo que denota retroceso, o bien, que no encontraron la palabra apropiada para la obligación contraída, motivo que obligó al

legislador a usar la terminología del seguro. (4)

Por otra parte, siguiendo el análisis del artículo 24 de la ley de referencia, señalaremos que las compañías de fianzas no tienen "límites de retención", por lo que, no existe cesión de riesgos, ya que no pueden ceder los excedentes preferentemente. Como se ha indicado, esta ley sólo constituyó un retroceso para las disposiciones que regulan las operaciones de reafianzamiento.

Por lo que toca al demás articulado, demuestra un avance relativo en lo relacionado con el reafianzamiento, pues solamente señala mayores cotragarantías. Por lo tanto, había necesidad de reglamentar mejor esta institución jurídica, que contaba con un campo de acción demasiado restringido, y no se le concedía la importancia que tiene en el desarrollo económico del país.

Fué hasta el decreto que reforma la Ley de Instituciones de Fianzas de 31 de diciembre de 1946, en que vuelve el legislador a percatarse del error de confundir a la fianza con el seguro y menciona una posibilidad de semejanza en cuanto a la fianza de fidelidad, que se otorga a las personas que tienen a su cargo el manejo de fondos, pero solo en forma de obligado, en el caso de que si llegare a formularse una reclamación por

(4) Legislación sobre Fianzas, ob. cit., pág. 89

parte de la beneficiaria, la compañía afianzadora pagará la cantidad a la cual se obligó; en este caso, no se puede confundir el pago como resarcimiento o indemnización, en virtud de que la fianza y el seguro engendran obligaciones diferentes.

En este cuerpo legislativo se utiliza ya la palabra contragarantía, que es más apropiada para la función que realiza la fianza de empresa, sin lograr erradicar totalmente la terminología del seguro y usa las palabras "base técnica" y "distribución del riesgo", sin dejar de pensar en que más apropiado sería usar "regarantía" o "sobregarantía".

En el artículo 29 del referido reglamento, se asienta una innovación en la fracción III. La fianza de regreso u obligación solidaria, debería ser otorgada o asumida, respectivamente, por persona física o moral que acreditara fehacientemente su idoneidad o solvencia a juicio de la Secretaría de Hacienda, la que exigiría determinadas características del fiador de regreso u obligado solidario.

Al insertar el legislador la fianza de regreso u obligación solidaria, fué con la idea de diferenciar al reafianzamiento con el reaseguro y terminar poco a poco con la confusión que existía; por otra parte, la fianza de regreso se puede considerar como una acción que tiene la compañía afianzadora para con otros coobligados

expreso en el supuesto caso de que se presentara una reclamación en virtud de sus reafianzamientos otorgados, la finalidad es garantizar la solvencia para evitar una pérdida considerable en el patrimonio de la compañía afianzadora, por obligaciones específicas.

En la fracción II del artículo 84 se señala que: "El contrato de reafianzamiento a que esta ley se refiere, consiste en la fianza de regreso que otorgue una Institución de fianzas en favor de otra", al considerarla como fianza de regreso, se creó una acción por parte de la reafianzadora para con la reafianzada, y obtener una mayor solvencia ya no sería el fin de la empresa afianzadora sino una simple regarantía. Esta definición la considero errónea, porque la acción que tiene el reafianzador contra la compañía reafianzada ya no seguiría los lineamientos para lo cual se constituye el reafianzamiento, si consideramos que el reafianzador ha cubierto las cantidades correspondientes a la obligación contraída por responsabilidad de las fianzas reafianzadas, el reafianzador repetiría contra la reafianzada para recuperar la cantidad pagada, o sea que iría en vía de regreso y aún contra el fiado o "contragarantes"; por lo que, no corresponderá a la finalidad del reafianzamiento, esto es obligación civil y no mercantil cosa que no consideró el legislador. Lo que sí podría ser es que en lugar de llamar fianza de regre

so, debería haber hecho mención a la obligación solidaria, señalando que el reafianzamiento sería el contrato por medio del cual otra compañía afianzadora se obliga solidariamente a todas las responsabilidades inherentes al contrato de fianza, aunque en este caso, resultaría que esta figura jurídica se confundiría con el coafianzamiento, en el que las compañías participantes son responsables solidariamente y el beneficiario podría cobrarle a cualquiera de ellas o a todas en parte proporcional, hasta su obligación.

No obstante, esta forma no llenaría los requisitos para determinar la figura jurídica del reafianzamiento, por lo cual cada vez que se rebasara el margen legal, bastaría constituir una obligación solidaria, ya sea con otra empresa afianzadora o con persona física que llenara los requisitos de solvencia, lo que haría del reafianzamiento, una operación que sólo se daría entre compañías afianzadoras, y utilizaría en forma excepcional y no en forma sistemática.

Por lo tanto, en esa forma todavía no se le asignaba al reafianzamiento la importancia que requería.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 26 de diciembre de 1950, vigente, ha evolucionado no en la medida deseada, pero ha reformado algunos artículos y les otorga la importancia necesaria a los contratos de reafianzamiento.

En el artículo 21, al señalar que cuando la compañía de fianzas asuma responsabilidades que sobrepasen de su margen de operación, tendrá que garantizar la recuperación, hace mención a la prenda, hipoteca o fideicomiso, obligación solidaria y ya no menciona la fianza de regreso, sino que ahora toma el término de "contrafianza". Con ello, aunque ya no considera a una compañía de fianzas acreedora de la otra, erróneamente habla de "contrafianza", pues esta figura sólo procede en el juicio de amparo, donde deja sin efecto la fianza que se presentó para que se concediera la suspensión definitiva del procedimiento, cosa muy distinta al reafianzamiento que nunca operará como "contra fianza", sino que en la práctica funciona sólo para obtener una contragarantía o regarantía más en el pago, sin tener la función de dejar sin efecto la anterior fianza. (5)

En el artículo 31, se habla del coafianzamiento, que sólo se puede contratar por instituciones mexicanas de fianza. Esta figura, parecida al reafianzamiento en cuanto a que en el caso de que se rebase el margen de operación es obligatorio constituirlo, establece una diferencia, ya que las compañías adquieren las mismas obligaciones, y en este caso el acreedor principal optaría por una u otra, pues las dos garan-

(5) Ruiz Rueda Luis, El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio, Méx. 1960, Capítulo Quinto, pág. 62, nota 43.

tizan la obligación en forma solidaria; también podrían ir en contra del fiado. Este tipo de operación se sigue cuando no se desea otorgar la totalidad del exceso, y por lo tanto, se ofrece una parte en reafianzamiento a otra institución, ya sea mexicana o extranjera, lo que nos llevaría al reafianzamiento en cuota parte, que se analizará posteriormente.

Naturaleza Jurídica.

Se da al reafianzamiento la categoría de contrato al considerarlo en su artículo 114, "como la fianza por la cual una institución de fianzas se obliga a pagar a otra, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario por su fianza".

Si la compañía de fianzas al exceder de su margen de operación se reafianza, será para garantizar el cumplimiento de la obligación en caso de reclamaciones por fianzas expedidas, por eso el reafianzador cumple la misión de pagar a la compañía que le dió en reafianzamiento la cantidad que conforme a la ley no puede garantizar la reafianzada.

Ahora bien, tenemos que el reafianzamiento es la fianza por la cual una institución de fianzas se obliga a pagar a otra cierta cantidad. Si analizamos esto nos llevará a la obligación de pago, obligación que nació por un contrato que se constituye cuando una compañía de fianzas excede en su margen de opera-

ción. Se podría decir que conforme a la práctica, la compañía reafianzada obliga a la reafianzadora en el excedente de su margen de operación con motivo de la fianza expedida.

Pero cuando en la práctica se habla de cesión, no existe tal cesión, ya que la compañía reafianzada no puede retener esa cantidad aunque quisiera, y la cesión implicaría o bien una transmisión de deuda o bien que la compañía reafianzadora se obligara en cierta parte al cumplimiento de lo convenido por la reafianzada, cosa que no sucede, ya que la reafianzadora es ajena a la obligación principal respecto del beneficiario. Claro está que en virtud del reafianzamiento se liga a la compañía reafianzada con la reafianzadora.

Tampoco se podría considerar que se llevan al cabo en el reafianzamiento una cesión de crédito, por no existir transmisión de los derechos a la compañía reafianzadora, como tampoco la compañía reafianzada a su vez queda sin facultad para disponer del negocio. Esto posiblemente se lleve a cabo en la fianza civil, pero no en el reafianzamiento cuyos requisitos de existencia son diversos. No se puede llevar a cabo tal cesión ya que son distintos los elementos en la fianza de empresa y no produciría los efectos de cesión requeridos.

Por otra parte, si se considerara cesión de

deudas, se tendría que operar la substitución del deudor, hecho que traerá consigo transferencia de obligaciones. (6) El artículo 2051 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales dispone para que se lleve a cabo la substitución del deudor, que el acreedor lo consienta expresa o tácitamente, pero como ya lo señale tampoco se encuentra en el reafianzamiento, ya que éste es un contrato entre afianzadoras en donde el beneficiario es ajeno a la relación entre las compañías y siempre permanece como beneficiario ante la compañía reafianzada, nunca ante la reafianzadora.

Debido a que todavía no existe una verdadera legislación sobre fianzas, y en virtud de que debido a la práctica siempre se le ha llamado "cesión de reafianzamiento", se seguirá usando este término aunque no estemos de acuerdo en que ésta sea su naturaleza, por los motivos expresados se debe tener presente, por lo tanto, es claro que no existe "cesión", en virtud de que el contrato de reafianzamiento es ajeno al negocio principal y que cada compañía, tanto la reafianzada como la reafianzadora, contratan por sí solas. Eso provoca que de ese contrato, nazcan obligaciones diferentes a las originales y si por alguna causa, que podría ser el pago que efectúe la compañía afianzada al

(6) Muñoz Luis, Teoría General del Contrato. Cárdenas Editor y Dist., Méx. 1973, pág. 92.

beneficiario se termina la relación con la compañía reafianzadora, no se extinguiría su obligación, sino continuaría hasta que de acuerdo con lo estipulado con la compañía reafianzada se extinguiera.

No obstante, se ha vuelto práctica que en algunos contratos constituidos entre compañías de fianzas, se estipule que la reafianzadora se subroga en los derechos de la compañía reafianzada para ejercitar las acciones relativas en caso de necesitar recuperar las cantidades que hubieran pagado por responsabilidades de las fianzas, aunque no es de la naturaleza de la operación que analizamos.

Simplemente en el reafianzamiento hay creación de obligaciones mercantiles.

Pasando al estudio del reafianzamiento, se pueden considerar como elementos subjetivos del mismo:

1. Persona jurídica reafianzada como propo-
nente del negocio, y en este caso tendría la calidad de acreedora.

2. Persona jurídica reafianzadora, que se obliga a pagar hasta cierta cantidad en virtud de un contrato de fianza expedido con anterioridad por la compañía reafianzada.

3. Fiado principal, persona que al ser garantizada en sus obligaciones hace surgir la relación. Sin embargo, si consideramos que la compañía reafianza-

dora no tiene obligaciones con ella, sólo se tendría como generadora de la relación contractual.

Elementos objetivos:

1. Obligaciones afianzadas.
2. Obligaciones excedentes por reafianzar legalmente.

Considerado el reafianzamiento como una sobregarantía que en realidad lo es; ya que la compañía reafianzada al dar en reafianzamiento esa cantidad que excede de su margen de operación, otorga una póliza en donde se detallan las características del negocio, para afirmar el cumplimiento limitado de las obligaciones contraídas por la afianzadora.

Al efecto, el artículo 115 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece: "La Institución reafianzadora estará obligada en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada, con objeto de que ésta cumpla sus obligaciones como fiadora. La falta de provisión oportuna hará responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la reafianzada".

Analizando el citado artículo, se desprende que la obligación primordial de la empresa reafianzadora, será proveer de fondos, o sea, que en caso de reclamación deberá pagar las cantidades a que esté obligada, pero la acreedora principal no podría ejercitar una acción en contra de ésta en el caso de que no cubriera es

tas cantidades. Por lo tanto, la beneficiaria o acreedora de la fianza original "es ajena a la relación que existe en el reafianzamiento entre las compañías de fianzas, lo que viene a fortalecer la idea de que los contratos de reafianzamiento son exclusivamente entre las compañías esto es personas jurídicas dedicadas a operaciones de fianzas y no puede existir ninguna clase de cesión.

Esto nos lleva a hacer una correcta distinción de las obligaciones en el reafianzamiento, ya que no garantizan los mismos compromisos que la fiadora directa garantizó con su fianza. En consecuencia, debe hacerse notar que las obligaciones son completamente diferentes.

Por lo tanto, el reafianzamiento se puede considerar como un contrato autónomo que se efectúa entre dos compañías afianzadoras cuando una de ellas excede de su margen de operación, y a fin de que pueda llevar a cabo el afianzamiento original sin perjuicio de su régimen patrimonial y al mismo tiempo obtener una amplia garantía en la obligación contraída, obligación que nace al contratar con otra, para que, en caso de tener que pagar en virtud de la fianza expedida, la reafianzadora cumpla con su obligación de proveer de fondos, para que la compañía afianzadora cubra la cantidad excedente que, de acuerdo con el contrato, está obligada a pagar.

2. CONSTITUCION

El reafianzamiento es un contrato que efectúan distintas afianzadoras, que al rebasar su margen de operación proponen que se garantice todo o parte de las obligaciones contraídas en sus fianzas por una u otras afianzadoras.

Con motivo del monto de los negocios, las compañías afianzadoras al rebasar el margen de operación se ven en la necesidad de transferir parte de las obligaciones contraídas a otras sociedades, para lo cual envían una carta-oferta para proponer a otra compañía que tome parte de esas obligaciones, mediante prima o comisión. En dicha carta-oferta se señalan los detalles del negocio, como son las obligaciones contraídas, existencia de contragarantías por parte del fiado, prima por pagar. Una vez aceptada, se emite la póliza de reafianzamiento donde queda asentada la obligación contraída entre la compañía afianzadora y la reafianzadora.

Como se ve, es aparentemente sencillo un procedimiento en el que cada compañía afianzadora externa sus condiciones, que por lo general con antelación fueron convenidas. Se creería que no tiene mayor problema, pero supongamos que una reafianzadora se niegue a cumplir con sus obligaciones, que serían las de proveer de fondos suficientes a la reafianzada para que

ésta cumpla con sus obligaciones como lo señala el artículo 115 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; en caso de tal negativa infundada, vendrán responsabilidades por daños y perjuicios. Surge una pregunta: ¿hasta dónde llegaría esta responsabilidad?

Considero lo siguiente:

1. El citado artículo no es explícito, ya que falta el elemento coactivo eficiente. Sólo se concreta a señalar la responsabilidad en que incurrirá al negarse la reafianzadora a "proveer de fondos". El legislador debería haber sido más explícito y señalar sanciones en caso de negativa, que podrían consistir en la suspensión por determinado tiempo del negocio de reafianzamiento por desconocimiento de la buena fe pública a que están obligadas, porque va más allá de la simple negativa pues en realidad además de causar tanto daños como perjuicios, al no proveer de esos fondos la compañía reafianzada, tendrá que pagar a la beneficiaria, y después en vía de regreso, obtener el pago de dicha cantidad, lo que provoca trastornos económicos y operacionales a la compañía después de conducirse con engaño.

En la práctica la mayoría de las veces la reafianzada paga la reclamación, y después recupera de sus reafianzadoras las partes correspondientes. Claro está que la medida coactiva se podría establecer

en la ley y en un contrato donde se pactaría una pena convencional en caso de retrasar el pago correspondiente, pero considero que debería existir en la ley una disposición que obligara a las reafianzadoras a efectuar los pagos correspondientes; además se hace necesario legalizar la existencia de una comisión tripartita para el caso de arbitraje y regular las obligaciones contraídas, para darle así una mayor fuerza a dicha comisión, ya que no existe a la fecha un órgano con autoridad suficiente para hacer cumplir a las sociedades reafianzadas y reafianzadoras sus obligaciones, o señalar que las disputas surgidas se ventilen ante un juez de primera instancia.

2. También se podría pensar en un fondo para el pago de la reclamación, pero eso resultaría inoperante y acarrearía consecuencias patrimoniales a las compañías, porque para constituir ese fondo tendría que tomar un porcentaje sobre las primas obtenidas aparte de la reserva que por ley tiene que constituir, como son la de contingencia y de provisión.

3. Otro método sería la creación de un contrato tipo obligatorio para los reafianzamientos, ya que a la fecha sólo algunas lo utilizan en forma particular y con la creación de este tipo de contrato a las empresas afianzadoras, les ayudaría a que los negocios de reafianzamiento tuvieran un trámite más acelerado.

La existencia de este contrato determinaría

el grado de culpabilidad en que incurriría la compañía reafianzadora al no proveer de fondos suficientes a la reafianzada para que cumpla con sus obligaciones y haría que el dilatado procedimiento seguido para el cobro de esos fondos no sea tan tardado, ya que basta con comunicar el pago hecho líquido y vencido para que la reafianzadora cubra su parte obligada, lo que sucede es que en la práctica se retarda el pago por omisión de ley en cuanto al término en que la obligada debe hacer el pago, por lo que es necesario que esté regido por la ley para que en caso de disputa tenga un fundamento legal, de ahí la necesidad de que el legislador regule las operaciones de reafianzamiento de manera imperiosa y urgente.

El procedimiento que se utiliza es sencillo, pero como señalaremos adelante adolece de una fuente efectiva generadora de obligaciones, ya que esa carencia crea problemas; por tanto, una solución sería el contrato de reafianzamiento automático que sería regulado en parte por la ley y completado por las sociedades reafianzadoras que lo precisaran.

La creación del contrato automático no vendría a dilatar el procedimiento, sino que las sociedades tendrían una mayor seguridad al efectuarlo y ya no se valdrían sólo de la buena fe de las demás participantes.

3. CLASES DE REAFIANZAMIENTO

Las distintas clases de reafianzamiento son: automático, facultativo, cuota parte y exceso de pérdida. Analizaremos cada una para conocer su funcionamiento.

Si bien las designaciones de las especies del reafianzamiento son las mismas que en el reaseguro, su contenido no es idéntico, como lo vamos a señalar.

a) Reafianzamiento automático.

Este método de reafianzar se constituye por medio de probabilidades. Se utiliza en la fianza de fidelidad con mayor frecuencia, cuando se constituye un contrato obligatorio con una persona jurídica afianzada para que se reafiancen los excedentes, en virtud de que este tipo de fianzas continuamente rebasa de su margen de operación, todos estos excedentes siempre están cubiertos y varía el contrato de conformidad con las empresas.

La necesidad de este método de reafianzamiento nace al efectuar el contrato que hace obligatorio dar una parte de la obligación contraída a la compañía reafianzadora, según contrato donde se determinan las obligaciones para cada una de las partes.

Como se señaló anteriormente, no existe una reglamentación donde se obligue a las compañías a tener contratos obligatorios y se deja en libertad de llevar

sus operaciones de reafianzamiento en diversas circunstancias.

Esa libertad constreñida en el reaseguro es mínima en el reafianzamiento, ya que las compañías de fianzas utilizan más el método facultativo, pues al tener libertad de colocar sus reafianzamientos lo hacen en la forma que más les convenga.

Quiero hacer notar para que no exista una confusión entre el reafianzamiento automático, cuya figura no se encuentra todavía en la legislación, y la libertad señalada para contratar, que es tajante, por lo cual, tanto las compañías podrán contratar reafianzamientos automáticos facultativos, como lo señalamos para el caso de las fianzas de fidelidad cuyos contratos son atípicos por carecer de una reglamentación dentro de la ley, pero obligan a las partes a cumplirlos.

b) Reafianzamientos Facultativo y Cuota Parte.

Se analizan los dos métodos, en razón de que el procedimiento es parecido. La compañía que debido a sus operaciones de fianzas ha rebasado el margen de operación, y debido a la libertad que existe para dar los excedentes en reafianzamiento a cualquier sociedad, le propone en una carta oferta donde se detallan las características del negocio, como son: la obligación contraída, la prima que se cobra, las contragarantías obteni-

das; así la empresa a quién se propuso tiene la facultad de aceptar o declinar el negocio propuesto, o, en su caso, sólo aceptar una parte; a esto se le llama reafianzamiento en cuota parte, porque sólo acepta una parte del negocio. Este método es diferente del reaseguro en cuota parte, debido a que las compañías afianzadoras no pueden retener ninguna cantidad que rebase su margen de operación; en cambio las compañías de seguros cuentan con un límite de retención, de donde pueden ceder una parte de ese riesgo en reaseguro. Por tanto, la práctica del reafianzamiento en cuota parte es distinto del reaseguro por su libertad.

Sin embargo, puede darse el caso de que debido a la importancia del negocio, no fuera posible (aun en la circunstancia de que todas las compañías de fianzas reafianzaran el negocio), prescindir de compañías extranjeras. Dicha cantidad al rebasar el margen de operación de todas, auspicia la necesidad de pedir autorización a la Secretaría de Hacienda para operar la cantidad que exceda en el porcentaje necesario. Creo que la ley es deficiente en ese caso, y que se debería modificar para que se pudiera retener un porcentaje que exceda del margen de operación. En este caso, si procederían los métodos tanto facultativo como de cuota parte, ya que las compañías afianzadoras manejarían con libertad ese excedente y podrían darlo en reafianzamiento

to a la compañía que le resultare provechoso.

Se analizarán los pros y los contras y se determinará que si se tiene una contragarantía suficiente en cada negocio, la retención que llevare a efecto la compañía original, le sería suficiente y además tendría libertad para constituir el reafianzamiento.

Por lo que hace a los reafianzamientos faculATIVO y de cuota parte, se constituye sólo con mandar la carta-oferta a la compañía propuesta para que ésta a su vez acepte la totalidad o sólo una parte de las obligaciones contraídas.

En caso de que se acepte, se hará constar en una póliza de reafianzamiento, donde queda asentada la obligación contraída con la compañía proponente y las características del negocio.

c) El Reafianzamiento en exceso de pérdida.

El reafianzamiento por exceso de pérdida, cuyo método, también utilizado por el reaseguro, tienen cierta similitud. Se aplica cuando existen muchas fianzas a favor de un solo fiado, que aun en el caso de tener suficientes obligados solidarios hay peligro de llegar a tener una pérdida razonable en forma inminente, por lo que las compañías afianzadoras optan por reafianzarse por las posibles pérdidas y así en lugar de pagar una cantidad que rebasaría su margen de operación, sólo pagarán una parte. Esto se establece en el contrato de

exceso de pérdida. Por ejemplo, si la compañía original expidió póliza de fianzas a una sola persona con un total de \$-2.000,000.00. Para el caso de reclamación la compañía cedente sólo cubrirá un 20 % y la o las reafianzadoras absorberán el saldo. A partir de ese porcentaje opera el reafianzamiento. En este tipo de contrato, no muy común, pero necesario, ya que el exceso de responsabilidad estará solventado en caso de sobrevenir la reclamación, se estipula el término y el tipo de negocios que deberán reafianzarse, así como las responsabilidades de la reafianzadora y como se señaló, hasta qué cantidad será responsable la reafianzada. Pero, este reafianzamiento siempre es particular, o sea, sólo cubre las pérdidas que sobrevengan en el negocio en particular, no en relación con todos los negocios.

Ahora bien, el reafianzamiento empieza a operar a partir de cierta cantidad producto de la pérdida, pero ¿cómo podría hacer la compañía reafianzada para retener parte de las obligaciones contraídas? La respuesta sería que si le está prohibido retener cantidades que sobrepasen del margen de operación, sólo constituyendo otros reafianzamientos que cubran determinadas cantidades en exceso de pérdida, podría lograr su objetivo, esto serviría para reafirmar su solvencia y la recuperación y cada una de las reafianzadoras se obligarán hasta cierto límite.

En este caso tendremos que la primera reafianzadora se obligará hasta un 10 % y la segunda del 10 % a la totalidad. Los efectos que traería a la afianzadora original, serían que en caso de sobrevenir la pérdida ésta estaría cubierta por las obligaciones contraídas.

Parte, no menos importante, son las primas que se cubren en este método de reafianzamiento, que serán calculadas de conformidad con el contrato celebrado, así como la forma de pago, en caso de hacerse efectiva la obligación.

Como señalamos en el capítulo correspondiente al reaseguro, este método de reaseguro en donde el pago se efectúa al contado en el momento de presentar la liquidación, esto mismo se puede convenir en el reafianzamiento de acuerdo con las cláusulas que se determinen, ya que este contrato, al ser atípico, sólo obliga a las partes que lo celebran.

Sería magnífico que la ley autorizara a las sociedades a retener un límite de exceso del margen de operación, y así con el tiempo surgirían empresas dedicadas sólo al manejo de reafianzamiento dentro de la ley y esto a su vez ayudaría a la economía del país.

De los diferentes tipos de reafianzamiento se desprende la necesidad de que éstos se lleven a cabo en forma obligatoria e inclusión en la ley, de artículos que los regulen en forma tal, que se asienten debi-

damente las obligaciones tanto para los reafianzados como reafianzadoras; la necesidad de la creación de contrato tipo y la autorización para retener parte del excedente del margen de operación. Estas medidas producirán un aumento en los negocios efectuados por las compañías, que podrían garantizar un mayor número de obligaciones a favor de tercero, también se perfeccionará la reglamentación de las obligaciones contraídas en virtud del reafianzamiento, en relación con el proponente de la fianza y el beneficiario o acreedor principal.

4. AUTONOMIA DEL CONTRATO DE REAFIANZAMIENTO Y SU RELACION CON EL ACREEDOR O BENEFICIARIO.

La estructura jurídica del reafianzamiento configura la problemática de delimitar las relaciones entre el contrato de fianza original y el reafianzamiento, teniendo en cuenta que éste surge por una obligación garantizada en aquél, no obstante ello, se puede afirmar que los dos contratos son jurídicamente autónomos, aunque a primera vista parezca lo contrario, porque el contrato de reafianzamiento exige siempre una fianza previa que haga nacer una obligación a favor de tercero, pero es bien cierto que entre los dos contratos existe una autonomía plena. Son autónomos entre sí desde su nacimiento y por sus elementos esenciales, pero no en cuanto a su independencia ya que el reafianzamiento depende

de la fianza consecuente aquella respecto de ésta, relación de los dos contratos que no destruye su autonomía.

El reafianzamiento y la fianza original de donde se deriva la contratación de aquél, posee en primer lugar elementos diferentes. La fianza cuya obligación garantizada se reafianza, es estipulada entre la compañía afianzadora y el fiador a favor de un tercero (garantiza obligación a favor de un tercero), lo que da nacimiento a obligaciones principales y accesorias, que a su vez da la posibilidad de que surja una deuda en el patrimonio del afianzador; éste para protegerse contra esa posibilidad de pago con motivo de la obligación garantizada, se dirige a otra compañía afianzadora para contratar en reafianzamiento las obligaciones contraídas si éstas rebasan su margen de operación, por así determinarlo la ley; aunque en casos como en la fianza de fidelidad, no es necesario que sobrepase ese margen, ya que el volumen de los negocios amerita reafianzar ese tipo de operación, pero no en todos los casos siempre está dirigido el reafianzamiento a no tener una pérdida mayor en caso de hacerse exigible la obligación, sino por principios de eficacia en el pago.

Ahora bien, tenemos como elementos personales de la fianza, a la persona jurídica que asume la obligación contraída por el fiado, y éste como generador de la obligación a favor de un tercero, que sería el beneficiario o acreedor; estos elementos son diferen

tes a los del reafianzamiento, donde sólo existen el reafianzador y el reafianzado que siempre serán dos personas jurídicas autorizadas a expedir fianzas. Por otra parte, las primas en uno y otro contrato son distintas, aún en el caso de poderse calcular en forma proporcional a la de la fianza original. Son distintas en cada caso, pues el pago de una comisión libre sólo se da en el reafianzamiento y en la fianza las primas las regula la autoridad de la Secretaría de Hacienda. También son diversas las condiciones de uno y otro contrato y la obligación contraída e inclusive su forma por ser las condiciones estipuladas distintas sea, requisitos esenciales, objeto del contrato, calidad de partes y exteriorización de ambos, son diversos cuya descripción por elemental se omite. Por otra parte, al hacerse exigible la obligación consignada en la póliza de fianza original será directa la acción del beneficiario quedando la relación beneficiario-afianzador, en cambio en el reafianzamiento se contrata por el afianzador propiamente, por regla general, para cubrir parte de su exceso o la totalidad, y en algunos casos sin que se haya rebasado ese margen como se señaló anteriormente, sin importar la calidad de la obligación afianzada contraída, el reafianzamiento siempre será el mismo, en este caso la relación es reafianzado-reafianzador, la acción queda consignada en la póliza expedida por el reafianzador señalando su obligación sólo con el reafianzado, de ahí la independencia del con-

trato, ya que en la póliza se consignan las características de la obligación, que sólo se dirige a la garantía de recuperación en caso de hacerse exigible la obligación principal. Por tanto, el reafianzamiento tiene fuentes propias, ya que nace de un contrato realizado en tre empresas afianzadoras y las obligaciones son estipuladas sólo entre las partes sin ser necesario consignar las obligaciones nacidas con el beneficiario de la fianza original, sólo se obliga el reafianzador con la reafianzada.

La ley no señala nada acerca de la autonomía entre los contratos, pero se desprende de las características de los mismos reconocida por aquella y sus elementos naturales como la conservación de los derechos y obligaciones aun en el caso de haber dado parte del excedente en reafianzamiento, ya que queda obligada exclusivamente con el beneficiario; por lo que el reafianzamiento no altera en nada el contrato celebrado entre la afianzadora y el proponente y el beneficiario. Por lo que si el reafianzamiento no llegara a pactarse o si existiera un reafianzamiento obligatorio, la existencia o no de él, no traería ningún perjuicio al afianzamiento original, en cambio sería beneficioso por lo que respecta a la solvencia de la compañía original.

Sin embargo, como hemos indicado a pesar de la autonomía contractual, la relación existente entre uno y otro contrato es indudable ya que el reafianzamiento

se estipula porque existe una fianza, creando la relación entre fianza y reafianzamiento; esta relación es tal que no podrá crearse el reafianzamiento si no existe la fianza que da origen a la obligación y, en cambio, la fianza subsiste aun en el caso de no ser reafianzada.

El contrato de fianza contra cuya obligación garantizada se ha reafianzado, permanece en tal forma separado e independiente del reafianzador que normalmente tanto el proponente de la fianza como el beneficiario, ignoran que el afianzador está reafianzado. Considero que esta dependencia no sólo es contractual, sino que alcanza tal grado que cualquier acontecimiento sobre el contrato de reafianzamiento no afectará al contrato de fianza; como por ejemplo la nulidad o anulabilidad del reafianzamiento, no repercutirá en la fianza.

El reafianzamiento es un contrato nuevo, estipulado entre partes diferentes, que no modifica, substituye, ni nova el contrato de fianza original que continuará produciendo entre sus partes (beneficiario-afianzador-proponente), todas y cada una de las obligaciones que le son propias.

El único caso que puede el reafianzamiento afectar, el contenido propio del contrato de fianza, es cuando aquél incluye una cláusula por la cual el reafianzador se obliga a pagar directamente al beneficiario según los límites y estipulaciones fijadas en el reafianzamiento. Esta substitución traería como consecuencia que

se rompiera la autonomía del contrato, ya que el beneficiario podría cobrarle al reafianzador directamente y para que eso suceda se tendría que notificar a dicho beneficiario la cláusula del contrato y pasaría a ser ya no una póliza de reafianzamiento sino se convertiría en coafianzamiento que engendra obligaciones distintas a las concebidas en el reafianzamiento. Por otra parte, se crearía una estipulación a favor de tercero, ya que en ella se establece que al producirse la exigibilidad de la obligación será satisfecha, no por la compañía originaria sino por el reafianzador, que debido al contrato es otra persona; por lo tanto, señalaremos que en caso de que exista la cláusula de sustitución se deberá notificar al acreedor para que manifieste su voluntad y pueda oponer las observaciones pertinentes, lo que traería como consecuencia lo ya determinado, la confusión del reafianzamiento con el coafianzamiento; ya que el beneficiario podrá exigir directamente el pago al reafianzador por la cantidad que se obligó. Por otra parte, si ésta estipulación no se notifica al beneficiario y mientras no sea aceptada, producirá efectos internos sólo entre el reafianzado y el reafianzador.

Sin embargo, si esta cláusula se notifica al beneficiario y se acepta, se romperá la postulada independencia de la fianza frente al contrato de reafianzamiento. Podría discutirse que si el beneficiario teniendo como cau

sa el pago por la exigibilidad de la obligación, podría exigirlo al reafianzador, cuya finalidad sería satisfacer esa deuda como causa del contrato de reafianzamiento que traería la desaparición de la independencia entre ambos contratos. Sin embargo, cabe hacer notar que no por ello se rompe el principio de la independencia, porque una cosa es el contenido típico de la relación entre los contratos y muy distinta al establecer una cláusula en favor del acreedor principal, apoyándose en esa libertad contractual que apoya al reafianzamiento.

La total autonomía contractual de la fianza y del reafianzamiento, no afecta al beneficiario y sí funciona en su beneficio, aun en el caso de no poder exigir directamente al reafianzador el pago de la obligación que se ha hecho exigible; en razón de que el contrato celebrado por el reafianzador sólo lo obliga con el reafianzado, obligación que se consignará en la póliza de reafianzamiento. Por otra parte, si el reafianzamiento es nulo o inexistente, la fianza es válida y el beneficiario exigirá al afianzador el pago total. Si la obligación garantizada se hiciera exigible al afianzador sin importar el reafianzamiento, o si el reafianzador cumplió con su obligación de proveer de fondos al reafianzado.

Partiendo de la autonomía contractual de la fianza y reafianzamiento, afirmada anteriormente, es ne-

cesario señalar que el contrato de reafianzamiento tiene como presupuesto la fianza principal para que nazca la necesidad de reafianzarse.

La fianza es presupuesto del reafianzamiento porque sin ella no podría existir éste; y ello es así, puesto que el reafianzamiento se estipula porque en el patrimonio del afianzador, en virtud de la fianza contra tada, da nacimiento a la obligación de pago que en caso de hacerse exigible se verá obligada a cubrirla. Por lo tanto, la obligación del reafianzador frente al reafianzado no se concibe sin la existencia de la obligación de éste frente al beneficiario, y así la fianza principal es una condición del reafianzamiento.

Se ha visto que el reafianzamiento estipulado sobre un contrato de fianza original, no lo nova, substituye o modifica, por ser completamente independiente. Por tanto, las obligaciones inherentes que el contrato de fianza hace nacer es sólo obligatorio entre sus elementos como si el reafianzamiento no existiera, y en consecuencia las relaciones entre beneficiario, afianzador y fiado se regirán íntegramente por las condiciones estipuladas entre ellas. La compañía afianzadora manten drá la obligación de pagar al beneficiario sin que el hecho de haberse reafianzado le impida hacerlo o le permita poner excepción alguna al beneficiario, cuando se produzca el hecho que hace exigible la obligación por lo

cual el beneficiario se dirigirá al afianzador para reclamar el pago, y éste liquidará, siempre y cuando sea procedente la reclamación, lo mismo sucederá, o sea la compañía afianzadora deberá pagar si procede el pago por haberse exigido la obligación, sin poder oponer la falta de pago de la prima por parte del fiado para retener el pago de la obligación.

Sin embargo, el beneficiario tiene acción para demandar el pago ante las autoridades jurisdiccionales en caso de negativa por parte del afianzador o preferir un arbitraje para resolver la disputa, este ejercicio de su acción está estableciendo un procedimiento especial conforme a los artículos 93 y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Este procedimiento de cobro sólo podrá dirigirlo contra el afianzador, pero nunca contra el reafianzador; ya que éste se obligó con el reafianzado de acuerdo con una póliza expedida y nunca con el beneficiario por las razones expuestas con anterioridad.

En todo caso es válido afirmar que las relaciones entre acreedor, afianzador y fiado, se rigen por el contrato de fianza, independientemente de cualquier reafianzamiento que sobre aquélla se hubiera contratado, puesto que difícilmente podrá beneficiar o perjudicar un contrato en el cual no ha intervenido el beneficiario o acreedor. La relación entre el acreedor y el reafianza

dor evidentemente no existe, y no puede surgir con la estipulación del reafianzamiento, pues se trata de partes de contratos diferentes. Sus obligaciones o derechos los dirigen a un sujeto distinto; del acreedor al afianzador, y las del reafianzador hacia el reafianzado, y sólo en estipulación se establecerá la relación del acreedor al reafianzador, pero cualquier estipulación como por ejemplo que el reafianzado pague al beneficiario, traería como consecuencia la creación de otras figuras y no del reafianzamiento como lo señalamos con anterioridad.

Observando ahora las relaciones entre el reafianzado y el reafianzador, se puede señalar que na cen dos obligaciones independientes de las que surgen directamente de la forma que adopta el reafianzamiento; la obligación de pagar una prima por parte del reafianzado y la correspondiente obligación del reafianzador de proveer de fondos cuando surja en el patrimonio del reafianzado la obligación de pago con motivo de la reclamación por parte del beneficiario de la póliza original.

La mayoría de las obligaciones entre el reafianzador hacia el reafianzado ya se han señalado, pero, diremos que mientras no exista en la legislación una regla plena de las operaciones de reafianzamiento, éste podrá contratarse como mejor les convenga a las

sociedades, estipulando las cláusulas con suma libertad, mas, esta libertad no podrá permitir al reafianzador negarse a proveer de fondos como lo señalamos anteriormente lo que es obligación ineludible y podrá declarar la nulidad del reafianzamiento, si existe una póliza de reafianzamiento donde se consigne la obligación, la falta de disposiciones legales para regular las operaciones.

La existencia de un margen de operación y la carencia de un límite de retención sobre las cantidades que rebasen ese margen, crean el contrato conocido como reafianzamiento, celebrado entre dos instituciones de fianzas, con el fin de evitar una merma considerable en su patrimonio, debido al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

A lo largo de este capítulo se han analizado los diferentes métodos que utilizan las compañías para cubrir ese exceso en su margen o como se vió, en la fianza de fidelidad se puede contratar el reafianzamiento cuando el volumen de negocios con una sola empresa es considerable, aun en el caso de no llegar a rebasar el margen autorizado.

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

1. La fianza civil, contrato por el cual una persona llamada fiador se obliga a pagar una cantidad por otra en caso de que la obligación se haga exigible; este contrato de fianza civil no es fianza de empresa, ya que la fianza de empresa tiene características especiales como son el pago de la prima, que en la fianza civil no se encuentra ya que se considera gratuita aunque se pacte una prestación por parte del fiado, por lo tanto la fianza de empresa se considera onerosa; por otra parte la legislación que las circunscribe es diferente, la fianza de empresa es mercantil y tiene que ser otorgada por una sociedad afianzadora constituida para ese fin; en cambio la fianza civil la puede otorgar cualquier persona. Por lo tanto, la fianza civil tiene características distintas y no puede considerarse fianza de empresa. La fianza de empresa, contrato otorgado por una sociedad afianzadora constituida para ese fin, tiene características especiales como son la mercantilidad, la prima, la empresa afianzadora y la forma de otorgar las fianzas, condiciones que

no puede cumplir el fiador en la fianza civil.

2. El contrato de reafianzamiento presupone siempre la existencia de un contrato de fianza anterior, por el cual se ha asumido una obligación que en caso de hacerse exigible producirá un daño en su patrimonio.
3. El contrato de fianza que se reafianza es el presupuesto causal único y suficiente del contrato de reafianzamiento que no podrá existir sin él, porque si el contrato de fianza se anula o extingue por cualesquiera de las causas establecidas por la ley o por las propias del contrato de fianza, se anulará el contrato de reafianzamiento por faltar o cesar el presupuesto que hace nacer la obligación de pago en el patrimonio del afianzador, y por lo tanto, desaparecerá el propósito del reafianzamiento.
4. Que el contrato de fianza y reafianzamiento son dependientes entre sí por su nacimiento y no por sus elementos esenciales, y la relación entre ambos no destruye su autonomía.
5. La falta de un ordenamiento legislativo que regule en forma especial el contrato de reafianzamiento, trae como consecuencia que al surgir un litigio entre las sociedades afianzadoras no exista

un órgano que resuelva con equidad y justicia. Por lo tanto sugiero que se deberá establecer un órgano formado por representantes de cada sociedad afianzadora, que resolverá de las controversias suscitadas e incluir a éste dentro del orden normativo que regula a las sociedades afianzadoras.

6. Debido a la importancia que requiere el contrato de reafianzamiento dentro del ámbito de la economía del país, es necesario que existan contratos obligatorios por ley, lo que haría que con el tiempo se constituyeran sociedades jurídicas, cuyo único fin sería el negocio del reafianzamiento.

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

Alvarado González Héctor. ¿Son las Instituciones de Fianzas Organizaciones Auxiliares?. Tesis profesional Escuela Libre de Derecho. México, 1972.

Ascarelli Tulio. Derecho Mercantil. Edit. Porrúa, México, 1940.

Ascarelli Tulio. Panorama del Derecho Comercial, Edit. De Palma, Buenos Aires 1949.

Barbero Domenico. Sistema de Derecho Privado - Contratos IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

Barrera Graf Jorge, El Derecho Mercantil en la América Latina. Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa, México, 1953.

Cervantes Ahumada Raúl. Derecho Mercantil. Edit. Herro. México, 1975.

Cervantes Altamirano Efrén. Fianza de Empresa. Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario.

Serie A No. 26, México, 1950.

García Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, México 1941.

Caro Francisco. Derecho Comercial Parte General. Edit. de Palma, Buenos Aires, 1955.

Lagrange M. Eugenio. Traducción por D. José Vicente y Caravantes. Manual de Derecho Romano, Madrid, 1870.

Mantilla Molina Roberto, Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, México, 1953.

Margadant Guillermo, Derecho Romano, Edít. Esfinge, México, 1960.

Martínez González Hilda. Fuente de la Obligación del Flador en la Fianza de Empresa. U.N.A.M. México, 1963.

Medina Avila Jorge. Cómputo de la Prescripción en la Fianza de Empresa. Escuela Libre de Derecho. México, 1974.

Noneva y Puyol Juan. Introducción al Derecho Hispánico.

Muñoz Luis. Teoría General del Contrato. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1973.

Ortiz Ortiz Raúl. Aspectos Fundamentales del Reaseguro. Tesis profesional, México, 1956.

Pina Rafael D. Elementos de Derecho Civil Mexicano.
Edit. Porrúa, México 1966, Tomos III y IV.

Pina Vara Rafael D. Elementos de Derecho Mercantil
Mexicano. Edit. Porrúa, México 1958.

Rodríguez Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil, Edit.
Porrúa, México, 1947.

Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil - Contratos.
Tomo II. Edit. Jus, México, 1944.

Ruiz Rueda Luis, El Contrato de Fianza de Empresa en
el Proyecto de Código de Comercio, México, 1960.

Ruiz Rueda Luis. La Fianza de Empresa a Favor de Ter-
cero. México, 1956.

Sánchez Meda Ramón. De los Contratos Civiles, Edit.
Porrúa, México, 1972.

LEGISLACION

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1970.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1890.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

Código de Comercio de 1885.

Legislación sobre Fianzas. Años 1895-1950. Edición Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1958.

Legislación sobre Seguros. Edición Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito. México, 1958.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.