



17
24
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO SOCIOLOGICO DE LA FIANZA DE
CREDITO, COMO MEDIO ALTERNATIVO DE
GARANTIA CREDITICIA

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Titulo de
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A
ADRIAN AGUIRRE OJEDA

México, D.F

1992.

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E .

INTRODUCCION.	-----	1.
---------------	-------	----

C A P I T U L O I .

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA.

1.1. AMBITO INTERNACIONAL.	-----	4.
A) DERECHO ROMANO.	-----	4.
B) DERECHO ESPAÑOL.	-----	9.
C) DERECHO FRANCES.	-----	11.
D) DERECHO ITALIANO.	-----	13.
E) DERECHO ALEMAN.	-----	17.
1.2. AMBITO NACIONAL.	-----	20.
A) MEXICO INDEPENDIENTE.	-----	21.

C A P I T U L O II.

DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL. SU FUNCION SOCIAL.

2.1. LA FIANZA CIVIL.	-----	23.
2.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.	-----	24.
2.1.2. CLASIFICACION.	-----	27.
2.1.3. ELEMENTOS.	-----	31.
2.1.4. EFECTOS.	-----	35.
2.1.5. EXTINCION.	-----	47.
2.1.6. FIANZA LEGAL O JUDICIAL.	-----	55.

2.2.	LA FIANZA MERCANTIL O DE EMPRESA. -----	57.
2.2.1.	CONCEPTO. -----	57.
2.2.2.	CLASIFICACION. -----	59.
2.2.3.	ELEMENTOS. -----	60.
2.2.4.	EFFECTOS. -----	63.
2.2.5.	EXTINCION. -----	66.
2.3.	FUNCION SOCIAL DE LA FIANZA. -----	67.

CAPITULO III.

LA FIANZA DE CREDITO EN MEXICO Y SU REPERCUSION SOCIAL.

3.1.	ANTECEDENTES. -----	73.
3.1.1.	CIRCULAR NO. 305-14-99. S.H.C.P. -----	78.
3.1.2.	OFICIO NO. 305-III-19307. S.H.C.P. -----	79.
3.2.	AUTORIZACION POR LA S.H.C.P. -----	81.
3.2.1.	MARCO JURIDICO. -----	84.
3.2.1.1.	CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. -----	84.
3.2.1.2.	LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL. -----	86.
3.2.1.3.	REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. -----	88.
3.2.1.4.	LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.-	90.

3.3.	REGLAS DE CARACTER GENERAL PARA EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS QUE GARANTICEN OPERACIONES DE CREDITO Y SU ESTUDIO COMPARATIVO CON LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. -----	91.
3.3.1.	DISPOSICIONES GENERALES. -----	93.
3.3.2.	EXPEDICION. -----	95.
3.3.3.	GARANTIAS. -----	98.
3.3.4.	CLAUSULAS OBLIGATORIAS. -----	101.
3.3.5.	RECLAMACIONES. -----	103.
3.3.6.	RETENCION Y DIVERSIFICACION DE RESPONSABILIDADES. -----	107.
3.3.7.	PRIMAS. -----	109.
3.3.8.	FACULTADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. -	110.
	DISPOSICIONES VARIAS. -----	111.
	PROHIBICIONES. -----	112.
	TRANSITORIAS. -----	113.
	CONCLUSIONES. -----	114.
	BIBLIOGRAFIA. -----	119.

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

Tras haber cumplido con la totalidad de créditos requeridos por el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, nació la necesidad de escoger un tema, para la elaboración del trabajo que a manera de investigación, nos permitiera concluir con los requisitos para aspirar a la obtención del título de Licenciado en Derecho, por medio de un examen profesional.

Con el objeto de encontrar a través de la diaria investigación, el aliciente que motivara a su escrupulosa y detallada realización, este trabajo debería resultar para el autor, lo suficientemente útil y apasionante.

Tomando en cuenta los aspectos señalados, así como el hecho de estar colaborando profesionalmente en Fianzas Modelo, S.A. tomamos la decisión de realizar una investigación jurídica, con aspectos sociológicos, del instrumento más novedoso en el sector afianzador mexicano, la FIANZA DE CREDITO.

Para la más adecuada exposición de éste instrumento, novedoso no por su antigüedad sino por su reciente autorización, ya que la autoridad con anterioridad tenía prohibida la expedición de este tipo de fianzas, comenzamos por situar a la fianza dentro del

tiempo, es decir, haciendo una síntesis de sus albores en la historia de los países que cuentan principalmente con tradición jurídica interesante, dando inicio obviamente en la Roma antigua.

Consecuentemente, situamos a la fianza, dentro de el derecho Positivo Mexicano, haciendo hincapié en las características que distinguen a la fianza civil, de la fianza mercantil o de empresa, dentro de la que encuentra abrigo la fianza de crédito, no sin antes revisar las repercusiones de ambas, primordialmente en el ámbito social, sin descuidar por vía de consecuencia el ámbito económico.

Mas adelante revisaremos en detalle el papel que ha tenido la Fianza de Crédito en México, desde el origen de su prohibición a mediados de este siglo, hasta los motivos que desde nuestro particular punto de vista propiciaron de nueva cuenta la intervención de la autoridad, en esta ocasión para rehabilitar la autorización de el otorgamiento de Fianzas de Crédito.

Una vez establecidos los puntos de vista anteriores situamos a la Fianza de Empresa dentro de el marco jurídico que le corresponde, pretendiendo con ello dejar constancia de las leyes y autoridades que conforme a derecho justifican su injerencia dentro de la materia de fianzas, especialmente en los que refieren al fundamento jurídico de la legislación que regula actualmente la Fianza de Crédito, así como de las autoridades que intervienen en

la vigilancia del sector que las expide en forma onerosa y a través de una autorización del Gobierno Federal.

Concluimos esta investigación con el análisis detallado de las Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito, realizado con el objeto, base del presente trabajo, de determinar si el Derecho Positivo Mexicano en materia de Fianzas de Crédito, es capaz de tutelar o regular de tal forma la expedición de Fianzas de Crédito, que queden eliminados o reducidos considerablemente los riesgos de quebrantos que puedan lesionar de forma irremediable el patrimonio de algunas compañías afianzadoras o del sector, además de proteger los intereses del público en general, usuario de este servicio.

C A P I T U L O I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA.

1.1. AMBITO INTERNACIONAL.

A) DERECHO ROMANO.

Indudablemente el Derecho Romano es de los más antiguos, el más difundido y el que mayor influencia ha tenido en las tradiciones jurídicas de todo el mundo, encontrándolo en la mayor parte de Europa Occidental, en muchas partes de Africa, Asia, el Medio Oriente, y en toda América Latina, de lo anterior se desprende la importancia de conocerlo, pues es indispensable para entender el Derecho de cualquier país con tradición jurídica romanista.

Así tenemos que la fianza presentó en el Derecho Romano diversas modalidades (1).

1. EL ADPROMISSIO.
2. EL CONSTITUTUM DE DEUDA AJENA.
3. EL MANDATO CUALIFICADO.

El Adpromissio, es la fianza constituida por medio de un contrato verbal accesorio, presenta tres formas; la SPONSIO la FIDEPROMISSIO, así como una más reciente y única subsistente en el Derecho Justiniano, la FIDEIUSSIO.

(1) ARIAS RAMOS. J., ARIAS BONET J.A. Derecho Romano II, Obligaciones, Familia y Sucesiones, 1a. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F. p.p. 662

La Sponsio y la Fidepromissio se constituían en una estipulación que, a continuación de la celebrada entre el acreedor y el deudor, celebran el acreedor y el fiador (ADPROMISSOR) prometiendo éste pagar lo mismo que había prometido pagar el deudor principal.

La modalidad del ADPROMISSIO era la que utilizaban exclusivamente los civis, mientras que la otra forma, el FIDEPROMISSIO podía ser utilizada por los peregrinos. Con sólo dicha diferencia, su régimen fué exactamente el mismo, con las siguientes características (2).

- a) Solamente podía garantizar operaciones provenientes de una stipulatio.
- b) La obligación del sponsor y del fidepromissor se extinguía con la muerte de estos, sin pasar a sus herederos.
- c) Extinguía también, con apoyo en lo dispuesto por la Lex Furia, por el simple transcurso del tiempo, dos años desde que la garantía fué constituida, sólo si los sponsors o los fideipromissores eran de Italia.
- d) Por disposición de la misma ley, el acreedor se vió obligado, en caso de ser varios los fiadores, a fraccionar repartiendo entre ellos su reclamación.
- e) Sin duda por esto, otra ley impuso al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número total de sponsors y fidepromissores.

(2) ARIAS RAMOS., ARIAS BONET J.A. Ob. Cit. p.p. 664.

- f) El sponsor que pagó disponía de una actio depensi ejecutiva contra el deudor que no le reintegrase lo pagado en un plazo de seis meses, acción concedida por una ley publilia, pudiendo también dirigirse contra los demás fiadores, si los había, a los cuales se consideraba como socios en virtud de una ley Appuleia (3).

Como ya se había indicado anteriormente, la sponsio y la fidepromissio ya no las encontramos en el Derecho Justiniano, pero aparece la otra modalidad de fianza, que es la que perdura en el Corpus Iuris, la FIDEIUSSIO, cuya forma de contratarse es también la STIPULATIO.

Como nota característica de esta figura jurídica, el fideiussio sirve para garantizar toda clase de obligaciones aunque no provengan de un contrato verbal, e incluso aunque sean obligaciones naturales. El fiador se obliga a lo mismo que el deudor principal, obligándose in levisem causam, nunca un diurorem, es decir es una obligación más gravosa que la del deudor.

Esta es siempre la principal, y su nulidad implica la de la obligación del fideiussor, no viceversa.

Puede también el fideiussor comprometerse de modo expreso a pagar exclusivamente aquella parte de la deuda que el acreedor no consiga cobrar al deudor, esta es la llamada fideiussio indemnitatis.

La acción contra el fiador en la fideiussio es perpetua y transmisible.

(3) ARIAS RAMOS., ARIAS BONET J.A. Ob. Cit. p.p. 662.

Hasta el Derecho Justiniano, el acreedor podía dirigirse indistintamente, para hacer efectivo su crédito, al deudor principal o al fiador. Justiniano introdujo el *beneficium excussionis*, en virtud del cual el fideiussor rechazaba la demanda si antes el acreedor no había actuado infructuosamente contra el deudor principal.

Cuando los fiadores eran varios, existía también en un principio la misma posibilidad de pedir indistintamente a cualquiera la totalidad de la obligación, pero una epístola Hadriana ordenó la división de la reclamación entre los deudores solventes en el momento de la *litis contestatio* (*beneficium divisionis*).

En lo que respecta a las relaciones de los fiadores entre sí y con el deudor principal podemos comentar, que en virtud de que el fiador está obligado por cuenta de otro, si ha pagado no es equitativo que soporte toda la deuda, debe tener recurso contra el deudor y contra los demás fiadores, por lo que encontramos en la tradición romanista que todas las excepciones que competen al deudor, competen también al fiador, incluso contra la voluntad del deudor.

Si el fiador se ha obligado por ruego del deudor, es su mandatario y tiene contra él la acción *mandati contraria*, siempre que no haya descuidado oponer ante el acreedor un medio de defensa que hubiera acarreado su absolución. Si el fiador se ha comprometido sin ruego del deudor, pero sin su oposición, si paga, tiene contra él la acción *negotiorum gestorum contraria*.

Cuando varios fiadores afianzaban una misma deuda, este hecho no les daba ningún recurso, por lo que se ideó el beneficio de la cesión de las acciones, por el cual el acreedor cedía sus acciones al fiador en el estado en que se encontraran para que éste pudiera repetir en contra de los cofiadores.

Como la obligación es accesoria se extingue por vía de su consecuencia o directamente.

Por vía de su consecuencia, al mismo tiempo que la obligación principal, siempre que ésta se extinga de un modo absoluto, como por el pago, que afecta al objeto mismo que es único; si se trata de una causa de liberación personal al deudor, los fiadores permanecen obligados. Por vía directa se extingue por una causa que se realiza en la persona del fiador, pero que puede liberar sólo a él si únicamente afecta a su relación con el acreedor y no al objeto que es único (4).

(4) BRAVO GONZALEZ A., BRAVO VALDES B. Segundo Curso de Derecho Romano. 1a Edición, Edit. Pax México. D.F. p.p. 117 a 120.

B) DERECHO ESPAÑOL.

La fuente del Derecho Español, está constituida por el Derecho Romano, y por consiguiente la fianza, con algunas diferencias, pasa íntegra, desenvolviéndose a través de diferentes leyes hasta llegar al derecho actual. El Derecho Español coloca el origen de la fianza en el Fuero Real y las Leyes de Partidas, estableciéndose las principales reglas de este contrato (5).

La Ley de las Siete Partidas, obra que se debió a Alfonso X, el Sabio, tiene significativa importancia para nosotros en el estudio que realizamos, ya que estuvo vigente en la época de la Colonia y en los albores de nuestra independencia.

Una innovación que encontramos en la mencionada Ley, respecto de la fianza del Derecho Romano la localizamos en los beneficios de orden y exclusión así como en el de división, siendo su diferencia que en este se estableció la posible renuncia de los mismos y el beneficio de división lo otorgaba de pleno derecho (6).

La definición que sobre la fianza nos da la Ley de las Siete Partidas, coincide con la del Derecho Romano: "Es un contrato por el cual una o más personas se obligan a pagar una deuda o a responder de la obligación de un tercero en caso de que él no la

(5) VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo III, p.p. 614

(6) MANRESA, JOSE MA. Comentario al Código Civil Español, Tomo XII, 2a Edición, Madrid 1911, p.p. 280 y 281.

cumpla." (7) En sus características igualmente coinciden ya que es una obligación accesoria, consensual, gratuita (aunque puede ser onerosa y por consiguiente bilateral).

Continuando dentro de la legislación española, a grandes rasgos podemos citar el Código Civil Español de 1988, que incorpora ciertas características a la fianza como la accesoriedad, la gratuidad y la naturalidad, señala los beneficios de orden división y excusión, así como la subrogación en los derechos del acreedor a favor del fiador cuando éste ha pagado. Distingue las fianzas en legales, convencionales y judiciales (8).

Otra modalidad que encontramos en el Derecho Español, es la que habla de que cuando existen dos o más fiadores de un mismo deudor (cofiadores) y por una misma deuda; el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. O sea que por el sólo hecho del pago se subroga en los derechos del acreedor. Hay que recordar que en el derecho antiguo Español era necesario que el fiador pagara a nombre propio y que exigiera la cesión de acciones o carta de Lasta (Ley 11 Título 12, Partida 5a.)

(7) VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Ob. Cit. p.p. 614.

(8) CERVANTES ALTAMIRANO, EFREN. Ob. Cit. p.p. 12

C) DERECHO FRANCÉS.

Entre los antecedentes históricos de la fianza conviene mencionar su regulación dentro del Derecho Francés, ya que éste ha servido como modelo y fundamento de la mayoría de las legislaciones de los países del mundo, particularmente la española y de esta su proyección hacia Hispanoamérica. El Código Civil Francés, obra de Napoleón I, entró en vigor el 15 de Marzo de 1803.

Este ordenamiento, por lo que respecta a la fianza, conserva básicamente los lineamientos que a grandes rasgos hemos señalado en el caso del Derecho Romano; la fianza en el Código Civil Francés es definida en su artículo 2011 como: "La fianza es un contrato por el cual, un tercero que se le denomina fiador, se obliga en favor del acreedor a cumplir la obligación del deudor, si este no la cumple personalmente." (Comp. art. 2011) (9).

Como ya hemos mencionado, el contrato de Fianza Civil del Derecho Francés, coincide con el español en sus caracteres: es accesorio, límite de extensión, capacidad para obligarse, unilateral y gratuito, debe de existir sobre una obligación válida y no se presume.

Por otra parte, las relaciones entre el fiador y el acreedor son las mismas, salvo en ciertas diferencias. Si hay varios deudores sobre un mismo acreedor, por una misma deuda, quedan obligados cada uno por la totalidad de aquella (artículo 2025), se

(9) PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo XI, Los Contratos Civiles, Segunda Parte, Habana Cultural, 1946 p.p. 871,

establecen los beneficios de orden, excusión y división, pero el primero debe oponerse como excepción dilatoria y existen tres condiciones para el fiador que la opondrá ; únicamente la tercera se diferencia del actual Derecho Español "debe anticipar los gastos de la excusión"; el beneficio de excusión se niega al fiador judicial y a su "certificador" (10).

(10) Cfr. PLANIOL MARCEL Y RIPERT, GEORGE. Ob. Cit. p.p.895.

D) DERECHO ITALIANO.

En el Derecho Italiano, tal vez donde más se ha conservado la tradición jurídica romana, la fianza se define como "la obligación (accessoria) que alguien (fiador , garante o caucionario) asume como deber directo frente a un acreedor, garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto, llamado deudor principal"(11).

De donde se desprende que todo el patrimonio del fiador está a disposición del acreedor, garantizando hacia la concurrencia de los derechos de este último.

El Derecho Italiano reconoce, a voluntad de los contratantes, la fianza simple, la cual goza del beneficio de excusión. Esta modalidad es voluntaria, nace de la libre determinación del fiador. La fianza no puede exceder de lo que debe el deudor principal, aún cuando se pueda contratar parcialmente (12).

Otra característica que encontramos en el Derecho Italiano es que la fianza, salvo el pacto en contrario, se extiende a todos los accesorios de la deuda principal y a los gastos inherentes a ella. Puede haber varios fiadores para una sola obligación y debe ser asumida expresamente, ya que no se presume.

(11) MESSINEO, FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p.p. 260.

(12) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. p.p. 261.

Los efectos que se producen en este derecho entre el acreedor y el fiador se regulan sobre la masa del principio de la solidaridad, en el sentido de que vencida la obligación, el acreedor puede dirigirse al fiador sin previa excusión del deudor principal.

Así mismo en las relaciones internas entre deudor principal y fiador, suponiendo que este último haya cumplido con respecto al acreedor, se determinan varios efectos (13):

- a) El fiador queda subrogado en los derechos del acreedor que tenía frente al deudor principal;
- b) Pero, a parte de este primer título, el fiador que haya pagado, tiene otro título específico. Aquí, las relaciones están dominadas también por el regreso (repetición), del fiador contra el deudor, aun cuando este último no tuviese noticia de la fianza; de ordinario, la repetición (como la fianza), se extiende a . los gastos e intereses.

Si el deudor es incapaz, la repetición del fiador se admite en los solos límites de que haya resultado en beneficio de ese incapaz: in rem versio; por lo demás, el fiador soporta personalmente el peso del cumplimiento.

Si los deudores principales y los obligados solidariamente son más de uno, la repetición del fiador que los haya garantizado a todos, puede ejercitarse contra cada uno por la totalidad.

(13) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. p.p. 138.

c) Además, el fiador puede accionar para ser liberado de la obligación de la fianza, o bien obtener garantías, para la satisfacción de los eventuales derechos de repetición en los siguientes casos (14):

- 1.- Cuando sea demandado en juicio para el pago.
- 2.- Cuando el deudor se haya hecho insolvente.
- 3.- Cuando el deudor se haya obligado a liberarlo de la fianza dentro de un tiempo determinado y este tiempo haya transcurrido.
- 4.- Cuando la deuda se haya hecho exigible, por el vencimiento del término al que estaba sometido.
- 5.- Cuando hayan transcurrido cinco años y la obligación principal no tenga un término, salvo en caso de que la misma sea de tal naturaleza, que no se pueda extinguir antes de un tiempo determinado.

En el Derecho Italiano la fianza se extingue de varios modos

(15).

- A) Ante todo, y por la naturaleza de la accesoriedad de la fianza, por la extinción de la obligación principal.
- B) Cuando el acreedor otorga créditos o prórrogas al deudor principal, sin la especial autorización del fiado, aun conociendo su sobrevenida menor solvencia.

(14) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. p.p. 138-139.

(15) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. p.p. 139-140.

Igualmente, si el fiador ha limitado expresamente su fianza al termino mismo de la obligación principal; pero, en tal caso, la instancia contra el deudor debe proponerse dentro de los dos meses.

Por último, el Derecho Italiano contempla otra figura jurídica denominada caución (manleva), que es la obligación asumida frente a otro, de ponerlo a salvo de las consecuencias patrimoniales dañosas derivadas de un determinado evento, o del hecho del propio causionario, o de terceros, y que podrá verificarse o no. No puede considerarse obligación de fianza por que no hay obligación actual a garantizar; por lo que podría asemejarse más bien a la manleva.

E) DERECHO ALEMÁN.

De acuerdo al Derecho Alemán, por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de éste, siendo esencialmente el mismo concepto que los derechos estudiados anteriormente, con las implicaciones inherentes, como la afectación total del patrimonio del fiador, accesoriedad, unilateralidad, etc. Por ello, y para que el fiador tenga conciencia de la importancia del acto, se exige para la validez del contrato que la fianza se asuma por escrito; sólo ha de ser por escrito la declaración del fiador, no la aceptación por parte del acreedor.

Como quiera que el fiador sólo responde del cumplimiento de la obligación ajena, es evidente que sólo responde si existe realmente la obligación principal; pero también pueden afianzarse deudas futuras o condicionales (incluso deudas que sólo se determinan en general, por ejemplo las que nazcan de una relación de negocios). Para entonces la obligación del fiador se halla principalmente en estado de dependencia y depende del nacimiento de la obligación principal.

Así mismo el Código Civil Alemán estipula que el fiador puede utilizar todas las excepciones del fiado, aunque alguna excepción, como por ejemplo, la de prescripción, deje en pie una obligación imperfecta (natural) y por excepción no corresponda la fiador derecho alguno de repetir contra el deudor principal (16).

(16) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN, Tratado de Derecho Civil, Segundo Tomo, Vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1933, p.p. 461.

Por otro lado, en el caso de ser varios los fiadores (cofiadores), estos responden, salvo pacto en contrario, solidariamente, hayan asumido la obligación de fiadores aislada o conjuntamente. Cabe hacer la aclaración que los alemanes desconocen el beneficio de división, en cambio, subsiste con algunas limitaciones la excepción de excusión; Esta se excluye si el fiador es comerciante y la fianza constituye para él un negocio (17).

Además, a diferencia del derecho común, se dan al fiador excepciones dilatorias en tanto corresponda al deudor principal un derecho de impugnación o en tanto que el deudor pueda satisfacer su pago mediante compensación ante el acreedor.

El fiador tiene derecho a exigir su liberación cuando se presentan las siguientes situaciones (18).

- 1.- Cuando la situación patrimonial del deudor principal haya empeorado esencialmente.
- 2.- Cuando después de asumirse la fianza, el deudor principal haya cambiado de domicilio, de establecimiento mercantil o de residencia haciendo con ello mucho más difícil su persecución en juicio.
- 3.- Cuando el deudor principal incurra en mora.
- 4.- Cuando el acreedor ha conseguido contra el fiador una sentencia ejecutable dirigida al cumplimiento.

(17) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN. Ob. Cit. p.p. 462.

(18) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN. Ob. Cit. p.p. 462-489.

Si se produce alguno de estos casos antes de vencer la obligación principal (sólo posible en los dos primeros casos) el deudor principal, en lugar de liberar al fiador, puede prestarle caución.

Para terminar, la extinción de la obligación del fiador está sometida a las reglas generales aplicables a las obligaciones, pero además la relación de fianza tiene las siguientes causas propias de extinción (19).

- I. En virtud de la extinción de la obligación principal.
- II. Por reunirse la obligación principal y la fianza (ejemplo; una sucesión hereditaria.)
- III. No existe en general un derecho del fiador a denunciar la fianza, pero antes naturalmente puede haberse pactado expresa o tácitamente entre el acreedor y el fiador.
- IV. Cuando el acreedor abandona una garantía especial de crédito, en particular un derecho de preferencia. (una hipoteca o deuda inmobiliaria)
- V. La limitación temporal de la fianza por deudas futuras, principalmente de la fianza de crédito, habrá que entenderse casi siempre únicamente en el sentido de que los créditos a garantizar tienen que haber nacido antes del momento fijado.

(19) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN.
Ob. Cit. p.p. 462-489.

1.2. AMBITO NACIONAL.

En la época de la Colonia tuvieron vigencia en la Nueva España tres cuerpos de leyes, principalmente (20):

- a) El de las leyes españolas que tuvieron también vigencia en la Nueva España.
- b) El de las dictadas especialmente para las Colonias de América y que estuvieron en vigor en la Nueva España.
- c) El de las expedidas directamente en la Nueva España.

Del primer grupo tienen especial importancia la Ley de las Siete Partidas misma que en materia Civil rigió las relaciones jurídicas de la Nueva España. Dicho cuerpo legislativo estuvo vigente en México hasta la promulgación de nuestros primeros códigos civiles.

En el segundo grupo, de acuerdo a la clasificación antes señalada, encontramos principalmente las Leyes de Indias, recopiladas en 1680 por orden de Carlos II; del derecho privado no se ocuparon estas leyes.

En el mismo caso se encuentra el tercer grupo, o sea las leyes expedidas directamente para la Nueva España, de las que destaca la Ordenanza de Intendentes (1780), que se ocupó mas bien de la organización política administrativa y jurídica de la Nueva España.

(20) GARCIA TRINIDAD. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1953. p.p. 59.

A) MEXICO INDEPENDIENTE.

En la época independiente " el país continuó sujeto a lo que en lo que se refiere al Derecho Civil, se consideró representado fundamentalmente por las partidas; éstas fueron la médula del derecho privado primitivo del México Independiente. (21)

El gobierno de Benito Juárez encomendó a Don Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, publicado en 1861, orientándose el maestro Sierra en el proyecto español de García Goyena. Este proyecto ejerció una gran influencia decisiva en los Códigos Civiles de los demás Estados de la Federación. (22)

Por lo que se refiere a fianzas, ésta quedó reglamentada de los artículos 1813 a 1888. Al definirla se emplea la siguiente descripción; "Es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir si ésta no lo hace", esta definición, podría poner en tela de juicio el origen contractual de la fianza, sin embargo, este razonamiento es falso, pues al reglamentarla lo hace en el Libro Tercero del mencionado Código.

El ordenamiento civil de 1870, fué a su vez sustituido por uno expedido en 1884, el cual no varió sino en detalles de método y, salvo adoptar el sistema de libre testamentificación en lugar de la forzosa, no innovó en nada al anterior. Ese Código fue reemplazado

(21) GARCIA TRINIDAD. Ob. Cit. p.p. 59

(22) Cfr. GARCIA, TRINIDAD. Ob. Cit. p.p. 52.

por el vigente, que se expidió el 3 de Agosto de 1828, y entró en vigor el Primero de Octubre de 1932; es aplicable en toda la República en materia federal.

Así mismo conviene señalar la existencia del Código de Comercio Mexicano de 1854, el cual reglamentó la fianza especificando que era de naturaleza mercantil, cuando tuvieran por objeto garantizar el cumplimiento de contratos de comercio. En 1884 se expidió una nueva ley mercantil que vino a derogar a la anterior y por lo que respecta a la fianza, siguió con la misma estructura señalada. Por último, el Código de Comercio de 1890 no reglamentó la fianza mercantil.

C A P I T U L O I I .

DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.

SU FUNCION SOCIAL.

2.1. LA FIANZA CIVIL.

La fianza civil es el prototipo de las garantías personales. Su naturaleza jurídica es la de un contrato, y como tal será expuesta.

Si bien como garantía personal la fianza aumenta la posibilidad de pago al añadir otro patrimonio u otros al del deudor, también se debe reconocer que su seguridad no elimina los peligros de las enajenaciones fraudulentas o ilícitas del deudor, ni tampoco elimina la posibilidad de que éste multiplique sus obligaciones aumentando el pasivo patrimonial, además, de acuerdo a la ley de concurso la fianza no concede al acreedor ninguna preferencia de pago, como las garantías reales, puesto que los créditos afianzados entran a concurso como cualquier crédito ordinario. Sin embargo, su privilegio consiste en que si el deudor principal no paga al acreedor, éste tiene la seguridad de poder demandar y cobrar a otra persona (el fiador) de quien tiene seguridad de solvencia; aunque los riesgos que corre el acreedor frente al deudor también los puede llegar a sufrir con el deudor subsidiario o fiador. Se habla del deudor subsidiario o fiador, por que la fianza es una obligación de resultado, ya que el contenido de la obligación del fiador es responder por el incumplimiento en que incurra el deudor principal, es decir, su fiado.

2.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.

En el Derecho Mexicano observamos que el concepto de fianza se encuentra definido en nuestro Código Civil de 1928, actualmente en vigor, de la siguiente manera, artículo 2794; "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." (23)

A efecto de tener más claro el concepto de la fianza civil, a continuación transcribiremos algunas otras conceptualizaciones doctrinales que por la importancia de su autor son dignas de ser tomadas en consideración.

"Contrato por virtud del cual una de las partes llamada fiador, se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada para el caso de que un tercero, deudor de este último no cumpla con su obligación." (24)

"Un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace." (25)

(23) Código Civil para el Distrito y Para Toda la República en Materia Federal 1928. Empezando a regir en 1932.

(24) ZAMORA VALENCIA, MIGUEL ANGEL. Contratos Civiles. Porrúa,

(25) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto Contratos, Volumen II, 3a Edición, Antigua Librería Robredo, México, D.F. 1966. p.p. 525.

"Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de este tercero aceptare su obligación accesoria."(26)

En realidad ninguna definición doctrinal, difiere mucho de la conceptualización que nuestra legislación vigente otorga a la fianza, de ahí que en esta investigación podamos determinar que la relación jurídica contractual, se da entre el acreedor de la obligación principal y el fiador quien es ajeno a dicha obligación. El deudor de la principal resulta ser el fiado.

Es igualmente nuestro deseo establecer como corresponde a toda investigación sobre derecho, la naturaleza jurídica del contrato que estamos analizando, para lo cual y tomando en cuenta que la Doctrina y el precepto legal anteriormente transcrito, en su mayoría consideran a la fianza como un contrato, nos referimos a nuestro Código Civil vigente, que al efecto establece:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

"Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos."

"Artículo 1794.- Para la existencia del contrato, se requiere:

1. Consentimiento.
2. Objeto que pueda ser materia del contrato."

(26)M. SALVAT, RAYMUNDO, Tratado de Derecho Argentino, Fuentes de las Obligaciones, Segunda Edición, México, 1981, p.p. 207.

Con apego a una interpretación lógico-jurídica de los preceptos antes transcritos, se llega a la conclusión de que el acuerdo de dos o más personas, con el fin de producir o transferir obligaciones y derechos, recibe el nombre de contrato.

Igualmente se infiere, que es requisito indispensable, para que exista el acto jurídico llamado contrato, la concurrencia de elementos que la doctrina ha llamado esenciales que son el consentimiento y el objeto.

Con el apoyo en los razonamientos anteriores, podemos afirmar que la fianza es un verdadero contrato, por que en primer término, encontramos la presencia de los mencionados elementos esenciales o de existencia; consentimiento, el cual se perfecciona con el acuerdo de voluntades de las partes que en él intervienen y objeto, que consiste en la obligación que asume el fiador de pagar al acreedor por el deudor, si éste no lo hace. En segundo término, ese acuerdo de voluntades, tiene como finalidad producir precisamente obligaciones y derechos.

Habiendo establecido someramente que la fianza no sólo formalmente es un contrato por que así lo determina la ley, sino que también en cuanto a su naturaleza jurídica y continuando con el análisis de los conceptos expuestos inicialmente en este capítulo, observamos que la fianza es un contrato accesorio ya que su nacimiento se encuentra condicionado a la existencia de un contrato principal del cual surgen las obligaciones susceptibles de garantizar.

En otros términos, si como ya lo hemos expuesto, a virtud de la fianza un sujeto llamado fiador se compromete a pagar por otro, si éste no lo hace, de ello resulta, que precisamente debe existir una obligación principal a cargo del deudor sobre quien se va a prestar la fianza.

De lo anterior se infiere que el contrato de fianza siempre será accesorio, sin que exista la menor posibilidad de que pueda constituirse como un contrato principal, pues pretender esto último, sería tanto como desnaturalizar el propio contrato y desvirtuar los fines del mismo.

En resumen podemos establecer que la Naturaleza Jurídica de la fianza es la de un CONTRATO ACCESORIO DE GARANTIA.

2.1.2. CLASIFICACION.

Con el objeto de precisar con mayor claridad la idea que tenemos formada sobre la fianza a través de la exposición de su concepto, a continuación procederemos a efectuar su clasificación.

Como todo contrato, el de fianza es susceptible de ser ubicado dentro de la clasificación general de los contratos quedando con las siguientes características.

El contrato de fianza se considera como un contrato nominado, tomando en consideración que el mismo se encuentra especialmente reglamentado en el Título Décimo Tercero del Código Civil para el Distrito Federal.

Es unilateral por naturaleza, ya que sólo produce obligaciones para una parte, el fiador.

Con el fin de que no se confunda el concepto de contrato unilateral con el de acto unilateral, a continuación consignamos lo que sobre el particular establece el Maestro Borja Soriano. "...Es contrato unilateral, aquel en que solamente una de las partes se obliga (Código Civil de 1884, Art. 1274) o, en otros términos, el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada (Código Civil de 1928, Art. 1835)., No hay que confundir el acto unilateral, con el contrato unilateral; en el primero sólo hay una voluntad y en el segundo hay acuerdo de voluntades..." (27)

Cabe hacer notar que el contrato de fianza también puede ser bilateral, y ello acontecerá cuando además de las obligaciones a cargo del fiador, se crea una obligación para el acreedor, consistente en pagar al fiador una retribución por su garantía, previo convenio entre las partes sobre el particular.

También por naturaleza es gratuito, ya que los provechos son para el acreedor quien queda asegurado y en un momento dado será quien reciba el pago y los gravámenes son para el fiador, que asegura la paga, sin embargo en el caso que se apunta en el párrafo anterior, el contrato dejará a su vez de ser gratuito para convertirse en oneroso.

(27) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. 2a Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1953. p.p 131.

Es accesorio, pues para que exista depende de una obligación principal y preexistente por cualquier causa, que si esta sujeta a alguna modalidad, también sujeta a la fianza.

Esta incluso puede contratarse con modalidades independientes de la obligación principal.

Su carácter accesorio proporciona seguridad para el cumplimiento de la obligación principal, por lo que es un contrato de garantía, y de garantía personal, ya que el fiador asegura con todos sus bienes el cumplimiento de dicha obligación y se compromete a pagar si el fiado no cumple.

En cuanto a que si debe de clasificarse el contrato de fianza como conmutativo o aleatorio, ello dependerá de la naturaleza del contrato principal garantizado, Esto es, si en el contrato afianzado se conocen las prestaciones que se deben las partes desde el momento de su celebración, en tal caso la fianza será un contrato conmutativo, pues estará garantizada una obligación cierta y conocida; pero si la fianza se presta en garantía de deudas futuras cuyo importe no sea aún conocido, tal y como lo prevé el artículo 2798 del Código Civil, entonces el contrato será aleatorio, pues no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.

Es un contrato consensual porque se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, Generalmente el contrato se hace por escrito, aunque la ley no exige formalidad alguna para la fianza civil.

Considerando que el artículo 2795 del Código Civil, nos señala que la fianza también puede ser legal o judicial, estimamos que en estos últimos casos, se está en presencia de una excepción al carácter consensual antes apuntado.

En efecto, por determinación del artículo 2855 del Código Civil, el fiador legal o civil, no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal y a su vez, la excusión no tendrá lugar, cuando se ha renunciado a la expresamente, esto último en términos de la fracción 1 del artículo 2816 del mencionado ordenamiento legal, todo ello nos lleva a la conclusión que en ambos casos de fianza legal o judicial deberán otorgarse en forma escrita, para que en igual forma se renuncie al beneficio de excusión referido.

Aún cuando el Código Civil señale que la fianza civil, puede ser convencional, legal o judicial; También existe la fianza Mercantil o de Empresa.

2.1.3. ELEMENTOS.

PERSONALES.-

A fin de no repetir conceptos mencionados anteriormente, basta recordar la clasificación que sobre la fianza nos proporciona nuestro Código Civil en su artículo 2794, pudiendo derivar de ella que los elementos personales que intervienen en el contrato de fianza son los siguientes: el Fiador, el Acreedor, y el Deudor.

El Fiador, es el elemento personal más importante del contrato de fianza, ya que es quien se va a obligar accesoriamente por otro, o sea el deudor, a pagar o cumplir con el acreedor.

El Acreedor, es otro elemento personal, cuya presencia trasciende en el contrato de fianza civil, ya que sin su consentimiento no se perfecciona tal contrato.

El Deudor, es considerado también como elemento personal de la fianza, sólo que su consentimiento puede o no concurrir, sin que ello trascienda en la formación del contrato, Esto es, si el contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades del fiador y el acreedor, resulta irrelevante para tal fin, el consentimiento del deudor o fiado, pues a mayor abundamiento la fianza puede constituirse y surtir sus efectos jurídicos aún cuando el deudor principal la ignore o inclusive la contradiga, según disposición expresa del artículo 2796 del Código Civil.

No obstante, con motivo del contrato de fianza, nacen relaciones y efectos jurídicos para el deudor principal o fiado, tanto con su propio fiador, como con el acreedor.

DE EXISTENCIA.-

Son los mismos que para cualquier contrato, consentimiento y objeto, incluso en este trabajo ya hicimos referencia anteriormente a ellos, cuando hablamos de la naturaleza Jurídica de la fianza, no obstante a ello ahondaremos un poco más en su descripción y análisis:

En cuanto al consentimiento, sólo se requiere el acuerdo de voluntades entre el acreedor de la obligación principal y el fiador. Debe de ser expreso, nunca tácito y relacionado directamente con la obligación que el fiador se obliga a garantizar. El consentimiento del deudor es innecesario, pues el código permite que se contrate incluso en su contra.

El objeto directo, es la creación de la obligación subsidiaria para el fiador de pagar por el deudor si éste no lo hace. El objeto indirecto, es la prestación que tiene que asegurar el fiador. Esta obligación puede ser de dar, hacer y de no hacer, aunque en los dos últimos casos o cuando la obligación de dar es algo no fungible, la responsabilidad del fiador se traduce en pagar por equivalente monetario lo que incluso se puede pactar desde el inicio (Art. 2800 c.c).

Es importante hacer notar que el fiador puede obligarse por igual o por menos que el deudor principal, pero nunca a más, y si lo hace, por el principio de conservación del contrato, se reduce el monto al del principal. En caso de duda, se debe entender obligado por el mismo monto garantizado (Art.2799 c.c.).

También el fiador puede a su vez asegurar su cumplimiento ofreciendo otra garantía personal o real, si es fiador se le llamara cofiador, si es prenda o hipoteca, se produce lo que en doctrina se llama caución real o fianza real; estas seguridades garantizan indirectamente a la obligación principal y directamente al fiador mismo.

La obligación principal debe de ser válida para que la fianza pueda existir, pues no puede garantizarse obligación que no exista o que no pueda llegar a ser, ni la afectada por nulidad absoluta.

Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, con importe aún no conocido, pero no podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida (Art. 2793 c.c). Las modalidades a que se sujeta la obligación garantizada sujetan a la fianza e incluso ésta, por tratarse de un contrato distinto puede crearse con modalidades propias.

DE VALIDEZ.-

Tanto el acreedor como el fiador únicamente requieren la capacidad general para contratar. Además el Artículo 2802 del Código Civil impone como requisito para el fiador el que tenga bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza, aunque la ley no distingue que clase de bienes. La ley no ordena forma alguna para la validez del contrato, pero debe de manifestarse el consentimiento en forma expresa y no tácita.

En cuanto a la ausencia de vicios de la voluntad y la licitud en el objeto, motivo o fin, estamos a las reglas generales para todas las obligaciones.

Es importante comentar el contenido del Artículo 2797 del Código Civil que dispone como requisito para que exista la fianza, la existencia de una obligación válida y en el segundo párrafo agrega "puede no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado". Este párrafo ha sido muy discutido, pues rompe con el principio de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", ya que da a entender que la fianza subsiste, aunque la obligación principal sea anulada. Se entiende que por nulidad relativa, puesto que el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad producen nulidad relativa del acto (Art.º 2228 C.C.) y esas causales de nulidad sólo pueden invocarse por el que sufrió los vicios, se perjudicó por la lesión o es incapaz (Art. 2230 C.C.). La interpretación estricta nos lleva a que si la obligación principal es anulada por una de las causales de nulidad relativa, la fianza subsiste y el fiador no puede oponer esas excepciones.

Sin embargo, siempre podrá alegar como excepción personal que también sufrió el mismo vicio o lesión que lo llevaron a otorgar la fianza o que ignoraba la falta de capacidad del deudor, toda vez que puede oponer al acreedor excepciones personales que se derivan del contrato de fianza celebrado entre ellos.

Otra interpretación resulta de que el párrafo mencionado proviene de la costumbre de garantizar con fianza precisamente la falta de capacidad del deudor, luego que si el fiador lo sabe y esa excepción es personal del incapaz, no puede oponerla al acreedor, pero cualquier otra sí. La mayor parte de los autores se adhieren a esta interpretación, por el principio de accesoriedad del contrato y por respeto a un contrato celebrado con un fin específico, como lo es garantizar voluntariamente la incapacidad de un tercero.

2.1.4. EFECTOS.

Siendo la fianza, un acto jurídico denominado contrato, es evidente que de su constitución nazcan derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen y consecuentemente se produzcan efectos y consecuencias de derecho.

El contrato de fianza produce efectos directos entre el fiador y el acreedor, así como efectos indirectos entre el fiador y el deudor o deudores y entre el fiador y sus cofiadores.

En lo que respecta a los efectos entre el Fiador y el Acreedor, encontramos que la legislación que nos ha regido en esta materia empezando por el Código Civil de 1870, en su artículo 1840, determinaba: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor". Ahora bien, el artículo 1841, reconocía el beneficio en favor del fiador llamado de excusión, consistente en aplicar todo el valor libre de los bienes del

deudor, al pago de la obligación, que quedara extinguida o en su defecto reducida a la parte que no fuera cubierta por estos bienes. Nuestro Código Civil de 1870, destinó los artículos 1842 al 1850 a regular todo lo referente al beneficio de excusión mencionado.

Con fundamento en el artículo 1851, se podría traer a juicio al deudor principal para oponer las defensas y excepciones que tuviera en contra del acreedor y en ultima instancia, le parara perjuicio la sentencia que se pronunciara, pues dicho artículo preceptuaba: "si el fiador es demandado simplemente como pagador principal, podrá hacer cita al principal deudor para defenderse y ser absuelto o condenado juntamente con él."

Del artículo 1854 se derivaba el efecto jurídico entre acreedor y fiador, consistente en que la transacción hecha por el acreedor con el deudor principal, aprovechaba al fiador, pero no le perjudicaba y la celebrada entre el fiador y el acreedor, también aprovechaba, pero no perjudicaba al deudor principal. Los artículos del 1857 al 1860, se ocuparon a tratar el beneficio de división, consistente en el derecho que se tiene cuando hay varios fiadores de una obligación, de exigir que la reclamación se divida entre todos los cofiadores en la proporción debida.

Ahora bien, nuestro Código Civil vigente, reglamenta los efectos del contrato de fianza en lo correspondiente a la relación entre el fiador y acreedor, en resumidas cuentas como sigue; La obligación principal que nace por el mero efecto del contrato, es que el fiador pague si el deudor- fiado no lo hace.

Esta obligación es personal porque el fiador puede oponer excepciones personales al acreedor. Es una obligación distinta de la del deudor principal, aunque tenga el mismo objeto. En ocasiones puede suceder que si la principal es de dar algo específico, de hacer o de no hacer, el fiador se obligue sólo a pagar por equivalente en dinero; pero siempre las relaciones son distintas, "por ser dos obligaciones, el fiador que paga no extingue la obligación principal -para con el acreedor si, pero no con el deudor- (28)

La obligación del acreedor es accesoria, por ello al terminar la principal se termina, y por esa razón, el fiador puede oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal (Art. 2112 c.c.); pero a su vez, deriva de una relación jurídica distinta, por lo que puede oponer todas las excepciones que resulten de la celebración del contrato.

La obligación es supletoria de la del deudor principal, pero esto no significa que esté sujeto a condición, ya que existe desde la celebración del contrato de fianza y no se puede interpretar que nace hasta que el deudor principal incumple con su obligación. El fiador está obligado a pagar cuando se haya imposibilitado el pago al acreedor, pero no antes; luego es subsidiaria, en tanto que suple la falta del deudor. Del carácter subsidiario derivan derechos que la doctrina y el Código Civil nombran beneficios de orden y excusión.

(28) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Los contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1976. p. p. 392.

Estos beneficios son renunciables por ser derechos privados y porque la renuncia no perjudica derechos de terceros, sólo al fiador mismo.

En materia procesal son verdaderas excepciones dilatorias que se deben de hacer valer al momento de contestar la demanda, la primera detiene el proceso ordinario y la segunda el proceso de ejecución que siga el acreedor contra el fiador.

El beneficio de orden consiste en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que antes haya sido demandado el deudor principal (Art.2814 C.C.)

Esto es que primero se demanda al deudor, se termina el juicio con su sentencia y ésta no pueda ejecutarse por falta de bienes, entonces se podrá proceder contra el fiador.

El beneficio de excusión consiste en que "habiendo ya sido demandado el deudor y el fiador y obtenida sentencia contra ambos, el fiador puede todavía defenderse y decir al acreedor no puedes embargarme bienes, no procedas coactivamente contra mi, procede primero contra el deudor, yo soy fiador simplemente". (29) Por lo tanto el Art. 2815 estipula:

"La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedara extinguida o reducida a la parte que no ha sido cubierta".

(29) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Ob. Cit. p.p. 400.

Para que el beneficio de excusión proceda en provecho del fiador, el artículo 2817 del Código civil señala los requisitos que se deben de cumplir:

- 1.- "Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago", (o al contestar la demanda por disposición del artículo 259-IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Esto es porque el beneficio se opone a excepción dilatoria para que antes de que se le embarguen y ejecuten bienes al fiador, se proceda en esa forma contra el deudor principal. Cabe la posibilidad que se le oponga como excepción superviniente, estipulando el Artículo 2618 del Código Civil:

"Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, o si se descubren los que hubiese ocultado el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no lo haya pedido.

- 2.- "Que designe bienes el deudor que basten para cubrir el crédito y que se hayan dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago". Los bienes tienen que ser suficientes, si no se le persigue por el resto, la segunda parte de esta fracción es congruente con el artículo 2802 del Código Civil que sujeta al fiador a la competencia del juez donde ha de cumplirse la obligación, por que el acreedor no puede estar buscando bienes en todos lados.
- 3.- "Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión."

Una vez opuesto el beneficio de excusión, el acreedor tiene dos vías: realizar él mismo la excusión de los bienes señalados por el fiador y ejecutar al deudor, o exigir que sea el fiador quien realice la excusión (Art. 2819 C.C.). Por ser potestativo ese derecho, sólo procederá lo segundo a petición de parte, ya que una vez opuesto este beneficio, si el acreedor no sigue ninguno de los dos caminos, responderá de los daños y perjuicios que cause al fiador y lo liberará de la obligación hasta la cantidad de que alcancen los bienes designados en excusión (Art. 2822 C.C.). En realidad al acreedor, hacer la excusión personalmente, lo mejor es que obligue al deudor a realizarla.

La excusión no procede aunque se oponga: cuando se renunció a ella; por concurso o insolvencia del deudor; por no poderse demandar al deudor en México: porque se ignore su paradero y emplazado por edictos no comparezca ni tenga bienes en el lugar del cumplimiento de la deuda; tampoco cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propiedad del fiador. (Art. 2816 C.C.)

Los beneficios pueden ser validamente renunciados con las siguientes consecuencias conforme al Artículo 2822 del Código Civil:

"Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden y excusión, el acreedor puede proseguir en un mismo juicio al deudor y al fiador; mas este conservará el beneficio de excusión, aún cuando se de sentencia contra los dos."

El Código es omiso para señalar las consecuencias de la sola renuncia al beneficio de excusión, que se funda en la fracción I del Artículo 2816. De esta renuncia, lógicamente resulta que el acreedor deberá demandar primero al deudor principal y posteriormente al fiador, quien podrá ser ejecutado en sus bienes después de la sentencia que se dicte condenándolo a pagar. Por último, el Artículo 2823 del Código Civil señala:

"Si hubiese renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas necesarias y que crea convenientes; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador."

En lo que respecta a los efectos que produce el contrato de fianza entre el Fiador y el Deudor, tenemos, que el Código Civil de 1870, también previno, estableciendo en el artículo 1861: "el fiador que paga, debe de ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó." Las prestaciones a que tenía el fiador derecho, se le indemnizarán cuando hubiere pagado por el deudor, reguladas por el Artículo 1862.

En términos del artículo 1863, el fiador que pagaba, se subrogaba en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, por lo que el fiador, podía hacer uso de todas las garantías o derechos que correspondían al acreedor, respecto a las transacciones habidas entre el fiador y el acreedor, aquél sólo podía exigir del deudor, lo que en realidad hubiera pagado, todo esto por mandato del artículo 1864.

Por su parte, el deudor podía oponer al fiador que hacía el pago, sin su consentimiento, todas las excepciones que a su vez tenía contra el acreedor al tiempo de hacer el pago.

Dentro del propio capítulo relativo a los efectos de la fianza, entre el deudor y el fiador, el Código civil de 1870, estableció disposiciones concernientes a consecuencias jurídicas derivadas tanto antes de haber hecho el pago, como con posterioridad al mismo.

Tomando en cuenta que podían existir varios fiadores, respecto de un deudor, el artículo 1873 nos decía que:

"siendo dos o más los fiadores del mismo deudor, el que hubiere pagado en su totalidad, podía exigir de cada uno de los otros, la parte proporcional que le correspondiera." Esto es lo que conocemos con el nombre de beneficio de división, el cual, consiste en el derecho que tiene el fiador que ha pagado por el total de la deuda, a repetir por cada uno de sus cofiadores, la parte que le corresponda. Ahora bien, si alguno de los fiadores se halla insolvente, se dividiría su cuota entre los demás a prorrata, según lo señalaba el artículo 1874. A su vez los fiadores

demandados por el que hizo el pago, podían oponerle a éste, las excepciones que a su vez tenía el deudor principal, contra el acreedor y que no fuesen puramente personales del deudor o del fiador que hizo el pago.

Por su parte, el Código Civil de 1884, en esta materia conservó en esencia los conceptos establecidos por el Código de 1870, efectuando solamente algunas reformas, con el objeto de hacer más explícitos los preceptos reguladores del contrato de fianza.

Así por ejemplo, respecto al tema estudiado, en ambos ordenamientos se facultaba al fiador demandado, a denunciar el pleito al deudor, con la salvedad de que el Código de 1884, a través de su artículo 1736, consignaba que el fiador podía actuar en los términos anteriores, si hubiera renunciado a los beneficios de orden y excusión, lo cual no era previsto por el Código anterior.

Ahora bien por lo que concierne a nuestra actual y vigente legislación, encontramos que a pesar de que en el contrato de fianza el deudor no es parte y a pesar también del principio de que los contratos sólo producen efectos entre quienes lo celebran, sin perjudicar a terceros, existen obligaciones a cargo del deudor frente al fiador y por lo tanto derechos para éste, que derivan de una fuente contractual que en este caso es la ley; por eso los llamamos indirectos, Generalmente por el pago que realizó el fiador a quien se le conceden acciones para obtener del deudor el total o parte de lo que pagó.

Podemos entonces distinguir de la siguiente manera, antes de pagar el fiador puede exigir al deudor que asegure el pago o lo releve de la fianza: si fue demandado judicialmente por el pago: si el deudor pretende salir del país: si el patrimonio del deudor disminuye y queda en riesgo de insolvencia; si la fianza fue sólo por un plazo y ya culminó y, si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo (Art. 2836 C.C.). Circunstancias todas que hacen presumir que el fiador no podrá cobrar al deudor posteriormente.

Después del pago el fiador tiene dos acciones contra el deudor, una personal derivada de los artículos 2828 y 2829 del Código civil, y una acción oblicua derivada de la subrogación en los derechos del acreedor contra el deudor, que se funda en los artículos 2830 y 2058-II del mismo ordenamiento legal. Estas acciones conceden al acreedor seguridad jurídica, ya que le proporcionan los medios legales para recuperar lo que pagó por su fiado, pues el hecho de otorgar gratuitamente -por regla general- la fianza no significa que se obró con "animus donandi".

La acción personal es para que el fiador sea indemnizado de la deuda principal, de los intereses legales, de los gastos que erogue y de los daños y perjuicios que sufra por causa del deudor.

La acción subrogatoria le permite quedar como titular del crédito principal y de las demás garantías que lo aseguren.

Por último y en lo que toca a los efectos del contrato de fianza a continuación hablaremos de los que surgen entre los cofiadores. El segundo y demás fiadores de un mismo crédito reciben el nombre de cofiadores. El principal efecto es que el fiador que paga puede reclamar a los demás la parte que les corresponda.

De consecuencia se deriva el beneficio de división, este beneficio ha desatado la polémica para determinar ante quien debe oponerse, si se opone ante el acreedor por el cofiador que es demandado por éste. El artículo 2827 del Código Civil explica claramente que al haber varios fiadores de una misma deuda, cada uno de ellos responderá por la totalidad del crédito, es decir, la ley les obliga solidariamente al pago; si uno es demandado, puede llamar a los demás a juicio para que se defiendan en conjunto y en la proporción debida estén a las resultas del juicio. Sin embargo, el mismo precepto permite el pacto en contrario, que sólo puede ser de mancomunidad simple.

Lo dispuesto por este artículo no debe confundirse con el beneficio de división, que únicamente se opone entre fiadores y una vez que uno de ellos ha pagado la deuda, ya sea por demanda o porque el deudor principal esté en concurso como lo señala el artículo 2837 del mismo Código. De esta manera la regla general, es que la deuda de los cofiadores frente al acreedor es indivisible y cada uno responde por el total; y entre fiadores se divide para que cada uno responda de la parte que le corresponda.

Como excepción para que el beneficio de división sea oponible contra el acreedor, debe de haber pacto expreso de mancomunidad, salvedad que permite el artículo 2827 del Código y que ocasiona que en contra de la solidaridad que ese artículo ordena, la deuda se divida en tantas partes como fiadores haya, respondiendo cada uno ante el acreedor exclusivamente por su parte proporcional. Cuando se opuso el beneficio de división y uno de sus fiadores resulta insolvente, su parte la absorberán los demás cofiadores en la misma proporción.

Los cofiadores pueden oponer al fiador que pagó, las mismas excepciones que le correspondían al deudor principal, siempre que no fueran personales del fiador que cumplió por este (Art. 2838 C.C.).

El beneficio de división puede oponerse entre los fiadores : cuando se renunció expresamente; cuando cada fiador se obligó mancomunadamente, por concurso o insolvencia de varios o alguno de los fiadores; si la fianza es para negocio de alguno de los fiadores y cuando alguno de los fiadores quiera salir del país o se ignora su paradero, siempre que a pesar de haber sido emplazado por edictos, no comparezca ni tenga bienes embargables en el lugar del cumplimiento de la obligación (Art. 2339 C.C.)

2.1.5 EXTINCIÓN.

Siendo la fianza un contrato accesorio, cuya presencia en el campo jurídico como ya lo hemos expuesto, depende de la existencia de un contrato principal, es evidente que tratándose de su extinción, deba imperar el principio de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De ahí que la Doctrina y la Legislación, coincidan en señalar que la fianza se extingue, por vía de consecuencia, es decir, cuando a su vez se ha extinguido la obligación principal garantizada.

Ahora bien, como obligación en sí misma que es, la fianza se extingue, por las mismas causas que toda obligación, por ejemplo, compensación, confusión, novación, etc.

Por su parte, nuestro Código Civil vigente, reconoce las formas de extinción de la fianza a que nos hemos referido, al consignar en el artículo 2842: "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones."

Respecto a la extinción de la fianza, por las mismas causas que las demás obligaciones, nuestro Código Civil, establece determinadas modalidades, respecto de las cuales a continuación haremos breve referencia.

10.- En cuanto a la compensación, como medio de extinción de las obligaciones y consecuentemente de la adquirida a través del contrato de fianza, el fiador, antes de ser demandado por el acreedor, no puede oponer a éste la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda del deudor principal, según disposición del artículo 2198 del Código Civil.

De lo anterior se infiere, que sólo cuando sea compelido judicialmente el fiador a cumplir con la obligación de su fiado, podrá hacer valer la compensación, lo cual nos parece muy acertado, ya que mientras el fiador no es demandado, consideramos que no se encuentra en la necesidad jurídica de oponer la compensación.

Por último, resulta obvio decir, que el fiador igualmente puede utilizar la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal, con la salvedad, de que el deudor principal, no puede oponer la compensación de lo debido por el acreedor, al fiador.

20.- Respecto a la confusión de derechos, el artículo 2843 prevé: "Si la obligación del deudor, y la del fiador se confunden; porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador."

30.- La condonación de la obligación hecha por el acreedor al deudor principal, también extingue la fianza, con la salvedad de que habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuera concedido solamente a alguno de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros, según establece el artículo 2211 del Código Civil.

Sin embargo, debe interpretarse en concordancia con el artículo 2844 del Código Civil que dice: "La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador, a quien se ha otorgado".

Es decir, en principio, el perdón concedido solamente a algunos de los fiadores solidarios, no aprovecha a los otros, excepto cuando se hace sin el consentimiento de los demás fiadores, pues en este caso les aprovechará hasta donde alcance la parte del fiador que ha sido liberado.

4o.-

En lo concerniente a la novación, no obstante que cuando se da, extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias, puede sin embargo el acreedor, por reserva expresa impedir la extinción de las obligaciones accesorias que entonces pasan a la nueva, todo ello por mandato del artículo 2220 del Código Civil.

A pesar de la reserva que se menciona, por lo que se refiere a la fianza, se establece una excepción al principio general antes apuntado, ya que el acreedor no puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 2221 del Código Civil.

Además de las formas de extinción de la fianza, a las que nos hemos referido, existen también otras específicas de dicho contrato, mismas que señalamos a continuación.

5o.- Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor.

La disposición anterior se encuentra comprendida en el artículo 2845 del Código Civil, y parece que es perfectamente justificada, entre otras razones, con base en el principio general de derecho de el que paga, teniendo interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, se subroga en todos los derechos que el acreedor tiene frente al deudor; en el caso de la fianza debe

imperar el mismo principio, por darse el supuesto jurídico antes señalado y así establecerlo el artículo 2830 del Código Civil.

Ahora bien, si el fiador no puede subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor, resulta justo se le libere de su obligación, ya que no tiene porqué sufrir las consecuencias de la culpa o negligencia del acreedor.

60.- Otro caso específico de extinción de la fianza, es el que establece el artículo 2846 del propio Código Civil que a la letra dice: "La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza".

La razón de ser del caso anterior obedece a que el fiado al constituirse como tal, lo hace en la forma y términos establecidos para la obligación principal, por lo que cualquier alteración sin su consentimiento, no puede afectarle y mucho menos tratándose de concesión de prórroga o espera para el cumplimiento de la obligación.

70.- El artículo 2847 del Código Civil, se refiere a que la quita reduce la fianza en la proporción de la deuda principal y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones.

Por estimar que la quita es una especie de condonación parcial de la deuda, consideramos que el precepto anterior debería estar encuadrado en la parte relativa a dicho medio de extinción de las obligaciones, no obstante de que se establece la extinción de la fianza cuando a virtud de ella quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones.

80.- Por último, los artículos 2848 y 2849 del tantas veces citado Código Civil, señalan casos de extinción de la fianza que nos atrevemos a decir son una especie de caducidad de la propia fianza que trae como consecuencia su extinción.

Sabemos que resulta expuesto de nuestra parte, habla de la caducidad dentro del tema que tratamos, pero ello obedece a la similitud que encontramos con dicha institución jurídica.

A continuación se transcriben los artículos que se comentan, a fin de poder precisar nuestra consideración.

"Art. 2848.- El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación principal, También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor...."

"Art. 2849.- Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene el derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación..."

Ahora bien, sin pretender hacer un estudio de la caducidad, superficialmente señalamos que puede hablarse de ella, partiendo de dos puntos de vista, a saber:

- a).- Como una norma propia del derecho procesal, que trae como consecuencia la pérdida de la instancia, por inactividad procesal de las partes, dentro del término que para tal efecto señalan las leyes adjetivas correspondientes, y,
- b).- Como un medio de extinción de derechos y obligaciones por no satisfacerse los requisitos formales que son exigidos por la ley como condición para la actualización y ejercicio del derecho de que se trata.

Así tenemos por ejemplo, que en nuestro derecho positivo, los artículos 137 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y territorios Federales y 373 del Código Federal de Procedimientos Civiles, regulan la caducidad de la instancia, en materia local y Federal, respectivamente.

Por lo que se refiere a la caducidad como un medio de extinción de derechos y obligaciones, podemos remitirnos a lo consignado en el artículo 160 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En tales términos, los artículos 2848 y 2849 del Código Civil, sólo distinguen cuando el fiador se ha obligado por un tiempo determinado o indeterminado, pero en esencia el espíritu de los mismos, es el de establecer una forma de liberación de la fianza, por no cumplirse con determinados requisitos formales o por una iniciativa procesal, es por ello que estimamos que en tales casos, se podría validamente considerar como una forma de caducidad de la fianza.

2.1.6. FIANZA LEGAL O JUDICIAL.

Anteriormente se expusieron las características del contrato de fianza civil. También se mencionó que sin perder el carácter civil, la ley dispone la existencia de la fianza legal y judicial (Art. 2795 C.C.) a las que les señala ciertas características propias.

La fianza legal es aquella que debe otorgarse por disposición de la ley; la fianza judicial, es aquella que debe darse por ordenamiento judicial. Aunque ésta última siempre tendrá que estar motivada y fundada en un precepto legal. Por esta razón el género es la fianza legal y la especie la fianza judicial que siempre será legal.

Como particularidades de esta clase de fianza, tenemos:

-Además de la capacidad general para contratar, el fiador debe tener bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga, a menos que la obligación que se va a garantizar no exceda de mil pesos (Art. 2850 C.C.).

- El fiador que otorgue fianza legal o judicial mayor de mil pesos, debe de presentar certificado del Registro Público de la Propiedad para demostrar que cuenta con inmuebles suficientes para responder al cumplimiento de la obligación debe destacarse que el código no exige que los bienes estén libres de gravámenes lo que si ordena el código anterior de 1884.

- El Código establece un procedimiento de publicidad con la obligación a cargo del beneficiario de avisar al Registro Público de la Propiedad el otorgamiento de la fianza para que en el folio correspondiente al inmueble con que se comprobó la solvencia del fiador, se anote previamente dicho otorgamiento (Art. 2852 y 3043-iv C.C.). En los certificados de gravámenes que expide el Registro Público de la Propiedad deberá aparecer esa anotación preventiva, (Art. 2853 C.C.) El objeto de la publicidad es para " establecer una presunción 'juris et de jure' de fraude civil para el eficaz ejercicio de la acción Pauliana en caso de insolvencia posterior del fiador" (30). (Arts. 2854 y 3044 C.C.)

-Por último, el fiador legal o judicial, no goza del beneficio de excusión del artículo 2855 del Código Civil.

(30) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Ob. Cit. p.p. 409.

2.2. LA FIANZA MERCANTIL O DE EMPRESA.

En el apartado anterior, parte de este capítulo, hemos logrado precisar el concepto de fianza, su naturaleza jurídica, sus efectos, sus formas de extinción, etc, pero todo ello referido al derecho civil, o más precisamente a la fianza, pero como figura de dicha rama del derecho.

En efecto el Código de Comercio vigente, no contempla una regulación concreta ni específica de la figura que ahora comentamos, sin embargo encontramos a la fianza de empresa regulada especialmente por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Estudiaremos por separado la fianza mercantil por las peculiaridades que la integran y por la importancia que presenta para el moderno derecho mercantil mexicano, que como ya anunciamos ha legislado especialmente sobre esta materia.

2.2.1. CONCEPTO.

La fianza de empresa es una garantía personal, igual que la fianza civil, en el sentido de que es una persona la que se añade a la obligación principal para garantizar su cumplimiento; sólo que en derecho mercantil, el titular, es una persona jurídica o moral con características específicas, personalidad reconocida por el derecho civil.

La fianza de empresa es un negocio en el sentido comercial de la palabra, es decir, debe de reportar ganancias para quien lo ejerce. Por ello, todo aquel que necesita contratar con las instituciones de fianzas, se ve obligado a pagar una contraprestación por el servicio de que se garantice el cumplimiento de determinada obligación a su nombre.

En consecuencia resulta preciso citar la definición de Fianza Mercantil o de Empresa que a nuestro juicio, consideramos como más adecuada por contener sus elementos característicos así como un enfoque ajustado al vigente régimen legal de la figura que se describe " Por el contrato de fianza de empresa, la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratante."(31)

Aclaremos que en la anterior definición la palabra deuda debe de ser comprendida, no como deuda en todo momento monetaria, pues las compañías afianzadoras garantizan prácticamente todo tipo de obligaciones sin que estas sean forzosamente obligaciones de dar y mucho menos de las de dar específicamente dinero.

(31) DIAZ BRAVO ARTURO. Contratos Mercantiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios. 3a Edición. Editorial Harla, p.p. 204.

2.2.2. CLASIFICACION.

Dentro de la clasificación general de los contratos, la fianza mercantil o de empresa, queda clasificada como sigue:

Es un contrato consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Es un contrato formal, en primer lugar, siempre se celebra por escrito y en segundo lugar, las instituciones de fianzas sólo pueden obligarse como fiadoras mediante la expedición de pólizas numeradas y sus documentos adicionales (Art. 117 L.F.I.F.).

Es un contrato accesorio, porque siempre se celebra para asegurar una obligación principal de la cual depende y queda sujeto a las modalidades de ésta. Por otorgar seguridad en el cumplimiento de las obligaciones, es un contrato de garantía, ya que el fiador se compromete a pagar por el fiado.

Siempre es un contrato oneroso, porque el fiado debe pagar una contraprestación monetaria, para que la compañía afianzadora convenga en ser su fiadora, luego ambas partes tienen provechos y gravámenes.

Es un contrato bilateral pues produce derechos y obligaciones correlativos.

2.2.3. ELEMENTOS.

PERSONALES.- Cuatro son los personajes que se requieren para la existencia de la fianza:

1) LA AFIANZADORA.- Es la persona moral, constituida como sociedad anónima mexicana, provista de autorización para funcionar como Institución Afianzadora al efecto otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2) EL TOMADOR O CONTRATANTE.- En la ley llamado solicitante, que puede serlo cualquier persona física o moral, y por supuesto el propio fiado (Art. 96, 97 L.F.I.F.).

3) EL FIADO O DEUDOR PRINCIPAL.- Que es la persona física o moral, respecto de cuya obligación se otorga la fianza.

4) EL BENEFICIARIO.- Persona física o moral acreedora de la obligación principal.

5) OBLIGADO SOLIDARIO O CONTRAFIADOR.- Persona física o moral que garantiza solidariamente con el fiador ante la afianzadora el cumplimiento de la o las obligaciones que esta a su vez está garantizando al acreedor de la obligación principal.

DE EXISTENCIA.-

El consentimiento de las partes, que debe de ser expreso y relacionado directamente con la obligación que se va a garantizar.

En la fianza mercantil, es el deudor de la obligación principal quien contratara con el fiador, en la civil, el fiador la ofrece al deudor principal, pero contrata con el acreedor.

El objeto directo es producir la obligación subsidiaria, para la institución de fianzas, de pagar por su fiado si éste incumple y la obligación del fiado de pagar la contraprestación estipulada, para obtener la garantía y reintegrar a su fiador todo aquello que éste pague.

El objeto indirecto será la obligación que tiene que asegurar la institución, y para el fiado es siempre una cantidad líquida que paga como prima, lo mismo para el caso de que tenga que reintegrar a la compañía.

En cuanto a la obligación que se va a garantizar, puede ser de dar, de hacer o de no hacer, aunque hay que aclarar que las empresas afianzadoras siempre cumplen su responsabilidad con equivalente monetario, ya que indemnizan los daños y perjuicios que se hayan causado.

En relación a la validez, deudas futuras y modalidades de la obligación principal, se aplican las reglas de la fianza civil.

DE VALIDEZ.-

Como ya sabemos, las únicas personas o partes involucradas directamente en el contrato de fianza, son el fiado y el fiador en este caso la institución de fianzas, aunque el nombre del beneficiario aparece en la póliza, éste no interviene en el contrato. De igual manera el obligado solidario, queda en su carácter de tal a través de su consentimiento pero en el contrato solicitud que suscribe con la afianzadora mas no en el cuerpo de la póliza o contrato de fianza.

El fiador sólo puede ser una institución mexicana de fianzas, autorizada con ese carácter por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. (Art. 10. L.F.I.F.), quedando prohibido a toda persona física o moral distinta a las anteriormente descritas otorgar en forma habitual fianzas a título oneroso (Art. 30. L.F.I.F.).

En la práctica, las instituciones afianzadoras celebran contrato por escrito en forma adicional a la póliza que expiden, mismas que constituye el único documento a través del cual la institución afianzadora puede constituirse como fiadora.

En lo que a la licitud del objeto, motivo o fin y ausencia de vicios en el consentimiento se refiere, estamos a las reglas señaladas para la fianza civil y a las de las obligaciones en lo general.

Los principios generales de la fianza civil se aplican a la mercantil, en todo lo que no se opongan a la legislación específica de la misma.

Los efectos directos que produce el contrato de fianza en forma directa, se dan entre la institución y el fiado y los indirectos entre la institución y el acreedor, en forma subsidiaria cuando el deudor incumple con la obligación garantizada. Cuando existan varias instituciones fiadoras de una misma obligación también surte efectos entre ellas.

2.2.4. EFECTOS.

Entre la afianzadora y el fiado. La principal obligación de la afianzadora es pagar si su fiado no lo hace, a su vez el fiado debe de pagar a la institución una prima por ese servicio, además de otorgarle en forma de contragarantía la certeza de recuperación de la cantidad por la cual se obliga (Art. 19. L.F.I.F.).

Para el cobro de la recuperación, primas vencidas, y demás créditos así como de pagos derivados de la efectividad de la fianza, la afianzadora siempre puede seguir la vía ejecutiva mercantil, pues en el contrato consta que con la simple presentación de la certificación del contador de la empresa de que se pagó al beneficiario y la copia simple de la póliza se lleva aparejada la ejecución. (Art. 96. L.F.I.F.)

Entre la afianzadora y el beneficiario.- Por mero efecto del contrato, la obligación principal consiste en que la institución de fianzas pague al acreedor si es que el fiado no lo hace.

Las fianzas otorgadas por instituciones legalmente autorizadas para expedir todo tipo de fianzas, no pueden ser rechazadas por los beneficiarios pues, estas instituciones por el hecho de serlo se consideran como de acreditada solvencia, a menos que se encuentren en quiebra o liquidación de pagos. (Art. 12 y 13. L.F.I.F.)

Constituye una característica importantísima de la fianza mercantil el hecho de que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, en consecuencia si conforme a derecho es requerida de pago, no podrá excepcionarse con estos beneficios. (Art. 118 L.F.I.F)

Existe en forma expresa, reglamentación especial al procedimiento que los acreedores deben de seguir para cobrar o hacer efectivas las fianzas de las compañías afianzadoras, dando para ello una dualidad de alternativas para los beneficiarios a saber: "Los beneficiarios de fianzas, a su elección, podrán presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes".(Art. 93 L.F.I.F.)

Si el beneficiario opta por presentar su reclamación ante la Comisión deberán hacerlo por escrito, y las afianzadoras estarán obligadas a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo 94 de la L.F.I.F., de lo contrario, si optan por someterse a los tribunales competentes, deberán requerirla por oficio o escrito directo para que cumpla con sus obligaciones, para lo cual dispondrán de un plazo de 30 días hábiles para hacer el pago si es que procede.

Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán sustituir al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso (Art. 121. L.F.I.F.), derecho expresamente establecido y que el acreedor no puede rehusar y no debe, puesto que lo beneficia para la mejor satisfacción de la prestación que se le debe.

Coincidiendo con la fianza civil, si la institución le paga al acreedor, queda subrogada por ministerio de ley en todos los derechos, acciones y privilegios que tenía el acreedor derivados de la obligación garantizada (Art. 112. L.F.I.F.).

ENTRE DOS O MAS AFIANZADORAS.-

Cuando dos o más instituciones otorgan fianzas, ante un mismo beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado hay cofianzamiento.

En el cofianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir a todas las instituciones participantes en el cofianzamiento y en la proporción de sus respectivos montos de responsabilidad el cumplimiento de su obligación como fiadoras. (Art. 116 L.F.I.F.)

De el párrafo anterior se desprenden tres consecuencias; En primer lugar, en la fianza mercantil la regla general es inversa a la fianza civil, ya que en ésta, como vimos, existe solidaridad por ley entre cofiadores, a menos que se pacte expresamente la mancomunidad. En cambio en la fianza de empresa la regla general para las cofianzadoras es la mancomunidad por ley; luego, para que exista la solidaridad se deberá convenir en contrario. En segundo lugar y derivado de lo anterior, en la fianza mercantil el beneficio de división en principio, se opone frente al acreedor, de tal manera que el beneficiario demanda a una institución por todo el crédito y esta podrá suspender el proceso hasta que se emplace a todas las demás cofianzadoras.

En tercer lugar, si hubo pacto de solidaridad, el beneficio de división se opondrá entre las coafianzadoras, la que pague al acreedor tendrá derecho a dividir la deuda y reclamar a cada una de las otras la parte que le corresponda.

2.2.5. EXTINCIÓN.

Como en la fianza civil, nos encontramos con la accesoriadad de la fianza de empresa o mercantil, siendo ésta un modo frecuente de extinción por vía de consecuencia al terminar la obligación principal, desde luego sin descartar la posibilidad de que ésta se llegue a extinguir por modos propios.

El artículo 117 de la ley admite una presunción especial ya que la devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece en su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.

Una vez que se ha hecho exigible la fianza y no es cobrada en un plazo de tres años, se extingue por prescripción (Art. 120. L.F.I.F.).

Además y en contra de lo que se mencionó en la fianza civil, las fianzas mercantiles no se extinguen aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, ni tampoco cuando sin causa justificada el acreedor, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor (Art. 118. L.F.I.F.), caso en el que lo que procederá será la caducidad pero de la instancia.

2.3. FUNCION SOCIAL DE LA FIANZA.

Cuando hablamos de la función de algo estamos haciendo ya un análisis finalista, que nos permite responder la pregunta ¿Para que sirve?.

Este enfoque filosófico es muy orientador, porque en la medida en que estamos conscientes de la finalidad de nuestras acciones, éstas cobran sentido y una dimensión insospechadas por nosotros mismos.

Por eso es importante estar conscientes de que la fianza es, ante todo, un instrumento que permite y fomenta la realización de valores indispensables para la convivencia social, como son entre otros, los siguientes:

- El sentido de responsabilidad que se fomenta al exigir la afianzadora de sus fiados, el cumplimiento adecuado de las obligaciones afianzadas, so pena de proceder en su contra y en contra de sus co-obligados.

- La confianza y solidaridad de unos con otros que se da desde el momento en que el fiador compromete su patrimonio por un tercero, el fiado, a quien respalda frente al acreedor.

Y particularmente la seguridad que la fianza hace posible.

La seguridad, dice Delos, en su sentido más general "es garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos, no serán objeto de ataques violentos, o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados, por la sociedad, protección y reparación".

Y la fianza da, al acreedor de una obligación, precisamente la seguridad de que si el deudor incumpliera la obligación que frente a él ha contraído, se le reparará el daño causado.

No sobra insistir en la importancia que la seguridad tiene para las relaciones sociales y jurídicas, pues cuando "las partes que intervienen en una relación no tienen la seguridad de que su contraparte va a cumplir, o de que el incumplimiento de aquélla no afectará su vida o su patrimonio, la relación se torna tensa, inestable y desconfiada".

La fianza pues, ofrece seguridad al acreedor. Una seguridad que no es total, como tampoco lo es la que ofrece el Estado a su población. Este no puede asegurar que no se producirá algún ataque violento contra la persona o bienes de un individuo. El fiador tampoco puede garantizar que no se incumplirá una obligación. Pero sí puede, y así lo hace, vigilar su oportuno cumplimiento y resarcir al acreedor del daño que su incumplimiento le causara.

Anteriormente, en sociedades cerradas, con poca movilidad, el conocimiento personal que existía entre sus integrantes y la comunión de sentimientos culturales y religiosos que compartían, hacían menos evidente esa necesidad de seguridad del acreedor de una obligación; más en un contexto como el actual, donde las sociedades se han abierto, en una interrelación dinámica, al trato con otros grupos y personas con los que no se da esa afinidad cultural, resulta más clara la conveniencia de tener el apoyo y la garantía de un fiador, y particularmente de un fiador profesional, que mediante el pago de una prima, proporciona su solvencia y

capacidad profesional a quien solicita sus servicios, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones afianzadas.

Así pues, la fianza hace posible la realización de valores indispensables para la convivencia social y satisface necesidades sociales.

Sabemos por la historia que precisamente por las necesidades que la fianza satisface, ha sido apreciada por la humanidad desde mucho tiempo atrás.

Inicialmente el fiador, una persona física, actuaba fundamentalmente impulsado por razones de índole personal y en forma siempre gratuita. Sin embargo la multiplicidad de las relaciones comerciales fue erigiendo mayor profesionalismo en los fiadores. Se requería que éstos tuvieran una solvencia reconocida, que diera mayor seguridad a las transacciones afianzadas.

Esta necesidad condujo, con el tiempo, a la constitución de empresas dedicadas profesionalmente a afianzar el cumplimiento de obligaciones.

¿Para que sirven las afianzadoras?

a) Como empresas, legalmente constituidas, y supervisadas por la autoridad, sustituyen con ventaja al fiador individual, siempre limitado, pues disponen para sus fines de un conjunto importante de recursos económicos y humanos.

b) Prestan sus servicios, de liquidez y solvencia, en forma proporcionada al conjunto de sus recursos y sujetan su actividad a técnicas depuradas. Son dignas pues, de que se tenga confianza de ellas.

c) Al obligarse a cumplir las obligaciones afianzadas, si sus fiados no lo hacen, prestan a éstos su propia solvencia; y al hacerlo les permiten ser sujetos de obligaciones, que de otra manera no podrían asumir. También con frecuencia, sus fianzas permiten a sus fiados no comprometer o inmovilizar recursos propios (por ejemplo en una fianza de anticipo) ampliándoles así su capacidad de operación.

d) Por su intervención eliminan el factor inseguridad en las relaciones jurídicas y por ende, la incertidumbre de que lo planeado no llegue a realizarse, dando con ello la posibilidad firme de desarrollo de muchas actividades que impulsan la economía.

e) Localizan en pocas empresas, previamente calificadas, serias e importantes, las deudas contingentes de miles de deudores dispersos en todo el Territorio Nacional, cuyo control directo, incluyendo la realización de las gestiones necesarias para obtener su cobro, sería más problemático y costoso para el Estado.

f) Ayudan al acreedor a que el deudor cumpla sus obligaciones, pues su intervención no siempre se resuelve pagando, dado que hay ocasiones en que el acreedor prefiere que se cumpla lo pactado, a ser indemnizado por el incumplimiento. Coadyuvan pues al cumplimiento de las obligaciones, teniendo incluso la facultad de sustituir al fiado en la ejecución de la obligación garantizada.

g) Realizan, cuando procede, el pago de las obligaciones incumplidas, satisfaciendo la necesidad de seguridad del acreedor y después, por su estructura técnica, financiera y jurídica, pueden esperar y recuperar del fiado o de sus solidarios, lo erogado, responsabilizándose así de las consecuencias de su incumplimiento.

h) Apoyan a la economía nacional con su propia actividad y contribuyen al ahorro del largo plazo del país, ya que con las primas que perciben por las pólizas que emiten, tienen la obligación de constituir reservas, cuya inversión casi permanente, se destina a los renglones de interés social, como el financiamiento público o privado o a actividades prioritarias.

i) Con las fianzas de fidelidad, no sólo se resarcan el daño patrimonial sufrido por el beneficiario, sino que también se ayuda a evitarlo, mediante la asesoría que le dan, derivada de su experiencia en control interno. Además, favorecen la selección de personal de una empresa o del Estado, a través de una investigación de antecedentes de los afianzados.

j) Su servicio social, al otorgar fianzas penales, es innegable, pues permiten hacer efectiva la garantía consignada en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al facilitar la obtención de la libertad provisional, a personas sujetas a proceso cuya culpabilidad aún no ha sido comprobada.

k) Hacen posibles y facilitan las relaciones comerciales internacionales, por el apoyo que dan a la importación y exportación de bienes y servicios.

l) Por último, contribuyen a la generación de empleos, y su actividad produce, por la vía de impuestos directos o indirectos, importantes recursos al Estado.

Sería prolijo seguir enumerando para que sirven las instituciones de Fianzas; una ligera meditación sobre los puntos anteriores nos permitirá llegar al convencimiento de que si en la antigüedad la fianza fué útil y necesaria, en la vida moderna se ha convertido en un instrumento muy valioso para las relaciones sociales y económicas.

CAPITULO III.

LA FIANZA DE CREDITO EN MEXICO Y SU REPERCUSION SOCIAL

3.1. ANTECEDENTES.

Comenzaremos por comentar brevemente sobre lo que en nuestra opinión constituye el aspecto legal de la prohibición en la expedición de la Fianza de Crédito en nuestro país, dispuesta por la Secretaría de Hacienda en 1951.

La ley Federal de Instituciones de Fianzas, en vigor en aquel entonces, a través de su artículo 73, establecía prohibición expresa a las afianzadoras, en el sentido de otorgar garantías en forma de aval.

Pudiera pensarse que la prohibición contenida en ese artículo, se limitaba al otorgamiento o contratación de obligaciones solidarias por parte de las afianzadoras ya sea en los propios títulos que contengan la obligación garantizada, o en hoja anexa a los mismos según el concepto legal de aval antes citado; pero en realidad creemos que la prohibición se refería al otorgamiento de avales en forma institucional, porque por una parte esta operación está reservada a instituciones de crédito y por otra por que las instituciones afianzadoras, tienen como actividad específica la práctica institucional de la fianza y el aval es figura jurídica totalmente diversa a ésta; El aval es por definición legal una obligación o deuda solidaria, en cambio la fianza como lo hemos

agotado en el capítulo anterior es o constituye una obligación accesoria de otra principal.

Con fundamento en la entonces vigente ley de fianzas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, giró circular número 305-14-99, publicada en el Diario Oficial del 6 de diciembre de 1951, en la que terminantemente prohibía a las compañías afianzadoras la expedición de fianzas de crédito, sin mencionar lo que había de entenderse como tales, considerando tan sólo que éstas eran peligrosas en forma especial y que entrañaban riesgos particulares para las empresas afianzadoras, con el antecedente de que en el año de 1949, por operaciones en las que afianzadoras garantizaban algunos créditos, estas fueron intervenidas.

Fué hasta el 17 de Diciembre de 1851, cuando a través de su Dirección de Crédito, que la Secretaría publicó su circular número 305-111-19307 en la que, con los mismos fundamentos, y por las mismas razones que la anterior, enlistó aquellas obligaciones que a partir del momento, quedarían excluidas de poder ser afianzadas.

Consideramos que en realidad la Secretaría giró las circulares por estimar que las operaciones que en las mismas se contienen son especialmente peligrosas para la estabilidad de las afianzadoras, pero no precisamente por constituir avales y obligaciones solidarias y por ello dada la peligrosidad de algunas operaciones, como las indicadas por la misma Secretaría, éstas habrán de rodearse de requisitos y garantías especiales, si no para destruir su peligrosidad, si para resguardo de la estabilidad económica de la empresa afianzadora.

Sin embargo durante los últimos años se han venido practicando algunas operaciones, que no constituyen ni aval ni obligación solidaria, sino que son verdaderas fianzas y garantizan concretamente obligaciones de dar. Los resultados han sido francamente satisfactorios para Empresas Afianzadoras, por que han sido reguladas y protegidas por autoridades Hacendarias, así como por ellas mismas, con una serie de requisitos que han dado el resultado apetecido al que se ha hecho referencia.

A continuación nos gustaría citar algunas de las operaciones comentadas en el párrafo anterior, con la finalidad de ampliar un poco en forma ejemplificada el universo de las operaciones que siendo propiamente de crédito, fue permitido su afianzamiento con autorizaciones especiales por parte de la Secretaría de Hacienda.

- 1.- Fianzas que garantizan el pago de fletes, demoras y arrastres de los Ferrocarriles Nacionales de México.
- 2.- Fianzas que garantizan el pago de productos de Petróleos Mexicanos, la cual se encuentra especialmente reglamentada.
- 3.- Fianzas que garantizan el pago de boletaje de las empresas de Transportación Aérea.
- 4.- Fianzas que garantizan el pago de rentas de contratos de arrendamiento de equipo y maquinaria.
- 5.- Fianzas que garantizan el pago de pensiones de arrendamiento de inmuebles.
- 6.- Fianzas que garantizan el pago de pensiones alimenticias.

7.- Fianzas que garantizan el pago de préstamos a contratistas del fondo de Financiamiento de Obras Públicas, mismas que se encuentran igualmente reglamentadas.

8.- Fianzas que garantizan sorteos de casas comerciales.

9.- Fianzas que garantizan el pago de créditos fiscales en parcialidades.

10.- Fianzas para garantizar el pago de cuotas, adeudos, salarios, etc.

Al igual que las operaciones anteriores, podrían practicarse otras distintas sin perder de vista que no debe olvidarse la peligrosidad de las mismas, debiendo estar siempre garantizada la recuperación de los quebrantos que sobrevengan y quedando suficientemente distribuida la responsabilidad, de suerte que, sería menos sensible o más soportable el quebranto y más ágil el pago de cualquier reclamación en su caso.

En algunas operaciones de las anteriormente señaladas, como pagos a Petróleos, pagos al fondo de Financiamiento (autorizadas expresamente por Hacienda) se ha operado con normas comunes que se aproximan a las ideas esbozadas, pero afortunadamente ahora ya existe reglamentación especial emitida recientemente por la Secretaría de Hacienda, que fija los parámetros y condiciones para la expedición de este tipo de fianzas.

Estas normas reglamentarias expedidas por la Secretaría de Hacienda, deben ser respetadas por las Instituciones Afianzadoras en la práctica de operaciones de afianzamiento, cuyo objeto es una

obligación de DAR ya sea al contado o en parcialidades periódicas o sucesivas. En esta forma, las disposiciones reglamentarias, tienen apoyo legal en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente.

**3.1.1. CIRCULAR NO. 305-14-99 EMITIDA POR LA
SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.**

En el año de 1951, a los seis días del mes de Diciembre, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, haciendo uso de facultad discrecional que le concedía la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, específicamente a través de sus entonces vigentes, artículos 37, 76, y 77 y tomando en cuenta que la mencionada ley estaba inspirada en el criterio de considerar a la fianza como peligrosa, así como considerando a la fianza de crédito como tal en lo particular, PROHIBIO EN LO ABSOLUTO A LAS EMPRESAS AFIANZADORAS LA EXPEDICION DE FIANZAS DE CREDITO, motivando su prohibición en los siguientes razonamientos.

Que la experiencia enseña que el otorgamiento de fianzas de crédito, entraña riesgos particularmente graves para las compañías afianzadoras;

Que el otorgamiento de fianzas de crédito puede prestarse fácilmente a maquinaciones que lesionen irremediamente la estabilidad económica de las compañías de fianzas.

Así como el razonamiento genérico de que las fianzas de crédito por su propia y especial naturaleza requerían en ese momento para su manejo, de un sector afianzador más experimentado y de un país con condiciones de crecimiento diferentes.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

**3.1.2. OFICIO NO. 305-III-19307 EMITIDO POR LA
SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.**

Haciendo referencia a la circular No. 305-14-99, publicada en el Diario Oficial de 6 de Diciembre de 1951 y para los efectos de ésta, la Secretaria de Hacienda mantenía el criterio de considerar como fianzas de crédito, las otorgadas para garantizar cualquiera de los siguientes conceptos:

a).- El pago de facturas comerciales, y demás documentos que acrediten la traslación de dominio de bienes muebles.

b).- El pago de títulos de crédito singulares como las letras de cambio, pagarés y cheques.

c).- El pago de dividendos, así como de amortización e intereses, por la emisión de valores o títulos de crédito genéricos susceptibles de cotización en el mercado, como acciones, bonos y obligaciones.

d).- El cumplimiento de obligaciones derivadas del mutuo, en cualquiera de sus formas.

e).- El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de reporto.

f).- El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente.

g).- El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de depósito irregular, de dinero o de títulos.

h).- El cumplimiento de obligaciones asumidas por empresas vendedoras, en virtud de la suscripción que sus clientes hagan de documentos, usualmente denominadas ACCIONES, de manera que el vendedor obtenga anticipadamente el precio de la mercancía mediante la exhibición de cantidades periódicas por parte del comprador. obligándose la empresa vendedora a entregarle a éste la mercancía hasta después de integrado el valor de los mencionados documentos o acciones o antes si éstos resultaran sorteados.

i).- El cumplimiento de obligaciones derivadas de operaciones financieras que en concepto de esa Dependencia impliquen riesgos similares a los anteriormente mencionados.

3.2. AUTORIZACION POR LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

Dentro del ambicioso objetivo de modernización del país que ha planteado la actual Administración, hábilmente dirigida por el C. Presidente Constitucional de los Estado Unidos Mexicanos, Lic. Carlos Salinas de Gortari, se contempla entre muchos otros rubros de vital importancia para el correcto desarrollo nacional, la modernización del sistema financiero y con él, la de las instituciones que los integran, la de las operaciones que realizan y de los instrumentos que manejan.

Cuando se habla de instrumentos financieros se hace referencia a aquellos que permiten a quienes los utilizan, allegarse recursos frescos para el cumplimiento de sus fines, o bien conservar adecuadamente los recursos ya existentes, sacándoles el mayor provecho posible.

Bajo este enfoque la fianza de empresa puede considerarse como un instrumento financiero, en cuanto que permite a sus fiados hacerse de recursos y a sus beneficiarios protegerse del daño patrimonial que sufrirían, en caso de que algunas obligaciones asumidas a su favor les fueran incumplidas.

La fianza de empresa tiene amplísimas aplicaciones, pues prácticamente cabe como garantía de cualquier obligación legal o convencional. La ley de la materia no la restringe a determinadas obligaciones; sin embargo, faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para determinar los tipos de fianza que por su

naturaleza deban considerarse como peligrosas o con características especiales.

Dicha secretaría con fundamento en disposiciones análogas al actual artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y a través de su Dirección de Crédito, prohibió a las instituciones afianzadoras el otorgamiento de lo que denominó FIANZAS DE CREDITO y posteriormente dió a conocer a las instituciones cuales eran los conceptos de afianzamiento que debían considerarse como DE CREDITO.

Con posterioridad a las disposiciones del año de 1951 antes indicadas, se autorizó de forma genérica a las afianzadoras a otorgar fianzas para garantizar algunos conceptos que en ellas se prohibían. Tal es el caso de las fianzas que se otorgan a favor de Pemex y las que se otorgaban a Banobras.

En ambos casos las instituciones afianzadoras han prestado satisfactoriamente el servicio de afianzamiento y han contribuido, con su fianza, tanto a la adecuada protección de los recursos financieros de las empresas paraestatales beneficiarias, como a la satisfacción de la necesidad de sus fiados de hacerse de recursos de manera económica, sin tener que erogar, en forma inmediata, dinero para obtenerlos.

Con apoyo en la buena experiencia que han tenido las FIANZAS DE CREDITO cuyo otorgamiento ha sido autorizado, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ha derogado la circular emitida por ella misma en el año de 1951 y la emisión de disposiciones administrativas que no permitía a las afianzadoras el otorgamiento de fianzas que garanticen el cumplimiento de determinadas

obligaciones.

De esta manera la fianza adquirirá mayor importancia como instrumento financiero, contribuyendo en forma más significativa, tanto a la satisfacción de las necesidades de financiamiento y protección patrimonial existentes en el país, como a la adecuada diversificación de las responsabilidades asumidas, entre las distintas instituciones que integran el sistema afianzador y el desempeño, por parte de éste sector, de un papel mucho más relevante en el desarrollo económico nacional.

Dada la trascendencia de la FIANZA DE CREDITO en cuanto a las oportunidades que representa para el sector afianzador pero a la vez las graves consecuencias que puede significar el no dar un tratamiento adecuado al trámite, investigación y expedición de este tipo de fianzas, así como las consecuencias de carácter sociológico que se derivarán de esta, es que ha resultado de importante interes para nosotros, la realización del presente trabajo de investigación.

3.2.1. MARCO JURIDICO.

Al referirnos al marco jurídico, pretendemos situar perfectamente, en lo que a normatividad se refiere, a la fianza de crédito.

Como ya sabemos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encuentra facultada como reguladora de las compañías afianzadoras existentes en el país, por lo tanto y a través de este apartado, investigaremos partiendo de los preceptos constitucionales, de que forma las leyes a través de las normas que contienen, van reglamentando desde la correcta constitución de las compañías afianzadoras, la creación de organismos especializados que las vigilen, el fundamento de la existencia de la ley que regula el contrato de fianza en lo general, hasta la reciente emisión de las reglas de carácter general que regulan la expedición y control de las fianzas de crédito autorizadas por el Gobierno Federal.

3.2.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Hablar de la Carta Magna de nuestra nación, resulta siempre muy interesante. Con el afán de relacionar de alguna forma las normas que rigen en materia de fianzas con esta, encontramos como nexos más claros el que se deriva del CAPITULO III, denominado DEL PODER EJECUTIVO, y más específicamente en su artículo 90, que a la

letra dice, " La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos."

De lo anterior se desprende que todos y cada uno de los negocios de carácter administrativo de la Federación y que por motivos lógicos estarán a cargo de las Secretarías de Estado, serán distribuidos por la Ley Orgánica, que para que la Administración Pública, funcione como centralizada y paraestatal, expedirá el Congreso de la Unión, misma que actualmente se conoce como LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL.

Es por eso que de esta forma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da pie o entrada a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para que regule y organice todos los negocios de carácter administrativo que interesan o dependen directamente del Ejecutivo, dentro de los cuales y sin duda alguna se encuentran el que por motivo de esta investigación nos atañe, es decir el del Sector Afianzador Mexicano.

Además viendo la participación de la Constitución en materia de fianzas, desde otro punto de vista, encontramos que a través de

su artículo quinto da validez y legalidad a la actividad derivada de las operaciones de afianzamiento, ya que este precepto permite que los individuos puedan dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que deseen o que simplemente le acomode, siendo lícito.

Así mismo, mas adelante encontramos dentro del artículo 20 de nuestra carta magna, una clara función social de la fianza al otorgarle al acusado en todo juicio de orden criminal la garantía de ser puesto en libertad provisional inmediatamente que lo solicite, bajo caución, en el caso a que nos referimos, claramente la caución puede consistir en una fianza de las denominadas penales.

3.2.1.2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Dentro de esta ley, encontramos que se establecen las bases de organización de la administración pública federal, centralizada y paraestatal.

Se determina que La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República integran la administración pública centralizada.

Así mismo se sostiene que los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y

los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

Cabe hacer la importante aclaración en el sentido de que las instituciones de fianzas a que hace referencia el párrafo anterior, tienen antepuesto el carácter de NACIONALES lo que da a entender que no se trata de todas aquellas afianzadoras existentes en nuestro país sino más bien a todas aquellas cuyas acciones pertenecen al Gobierno Federal y que pasan a parte de la Administración Pública Federal como entidades paraestatales.

De tal manera dentro de esta ley, específicamente en su Capítulo II, denominado DE LA COMPETENCIA DE LAS SECRETARIAS DE ESTADO Y DE LOS DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, artículo 26 que a la letra dice "Para el estudio planeación y despacho de los negocios del orden administrativo, el Poder Ejecutivo de la Unión contará con las siguientes dependencias...", entre las que se encuentra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que dentro de sus atribuciones contiene la consagrada en el inciso XIII, del artículo 31, que a la letra dice; " Ejercer las atribuciones que le señalan las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones auxiliares de crédito."

Esta atribución es la que a nuestro juicio constituye y da entrada a la representatividad que tiene la secretaría en todas las instituciones que desempeñan actividades de carácter financiero en nuestro país, dentro de las cuales se encuentran sin duda ninguna las instituciones de fianzas.

3.2.1.3. Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ha sufrido una serie de modificaciones y reformas, siendo por fin publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Febrero de 1992.

Dicho ordenamiento tiene como finalidad organizar y reglamentar el despacho de los asuntos que encomienda a la Secretaría la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y otras leyes así como los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República.

El artículo segundo de este reglamento establece el equipo de servidores públicos y unidades administrativas con los que contará la Secretaría para el despacho de los asuntos de su competencia, dentro de los cuales encontramos a la Dirección General de Seguros y Valores, de la que depende directamente la Dirección de Seguros y Fianzas.

Más adelante este reglamento en su artículo 31, establece la competencia de la Dirección de Seguros y Fianzas, a la que le fija las atribuciones siguientes:

- 1.- Participar en la formulación de políticas de promoción, regulación y control de las instituciones de seguros y fianzas, así como las relativas a la planeación, coordinación, vigilancia y evaluación de dichas instituciones, cuando no sean de fomento y su coordinación corresponda a la Secretaría.
- 2.- Efectuar el seguimiento de las políticas y los programas institucionales de las instituciones de seguros y fianzas, que no sean de fomento, coordinadas por la Secretaría, así como evaluar sus resultados.
- 3.- Ejercer, previo acuerdo superior, las atribuciones de la Dirección General de Seguros y Valores en materia de seguros y fianzas.

De lo anterior, claramente se desprende el deseo de las autoridades hacendarias de tener bajo estrecha vigilancia a las compañías afianzadoras para lo que a través de las legislaciones que hemos venido analizando brevemente quedan jurídicamente facultadas para ello. Así pues y habiendo encontrado y analizado la cadena de ordenamientos así como la fundamentación que da origen al control y vigilancia de este tipo de instituciones, desembocamos ahora sí al tipo de legislación creada exprefeso para regular el desempeño de las afianzadoras mexicanas desde su aspecto contable hasta su aspecto meramente jurídico, esta legislación recibe el nombre de Ley Federal de Instituciones de Fianzas misma que a continuación analizaremos.

3.2.1.4. ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Encontramos que la Ley Federal de Instituciones de fianzas, como su contenido lo indica, tiene aplicabilidad respecto de todas las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso.

Inclusive en esta ley se destacan y establecen las competencias de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de donde observamos que dentro de las principales se encuentran las siguientes, mismas que consagra el artículo primero de esta ley: "Competará exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuando en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la presente."

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, será el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para los efectos administrativos lo relacionado con esta ley y en general para todo lo que se refiere a las instituciones de fianzas. "

"La propia Secretaría podrá solicitar cuando así lo estime conveniente, la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten."

3.3. REGLAS DE CARACTER GENERAL PARA EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS QUE GARANTICEN OPERACIONES DE CREDITO Y SU ESTUDIO COMPARATIVO CON LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Mediante este numeral, pretendemos realizar un análisis integral de las reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas de crédito, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 24 de Agosto de 1990, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien con la facultad que le confiere el artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para determinar los tipos de fianzas que por su naturaleza deban ser consideradas como peligrosas o con características especiales, y tomando en cuenta ;

Que las actuales condiciones del desarrollo nacional, hacen indispensable una mayor participación del sector afianzador en las actividades económicas de los distintos sectores de la economía.

Haciendo énfasis en la necesidad de contar con un medio alternativo de garantía crediticia, es decir en operaciones de crédito, mismo que facilite y agilice, las diversas transacciones de carácter comercial que la sociedad reclama por exigencia del crecimiento económico nacional.

Poniendo en antecedentes a las compañías afianzadoras de que la operación de este tipo de fianzas, entraña mayor responsabilidad ya que de no sujetarse a normas de tipo técnico muy específicas, pueden derivarse situaciones que lesionen de manera irremediable la estabilidad financiera de las citadas instituciones, y reconociendo por último la experiencia con que cuentan las instituciones de fianzas del país, misma que las hace confiables y preparadas para manejar el ramo de las fianzas de crédito.

Este análisis estribará en comparar las reglas de carácter general con las normas contenidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que regulan a los demás tipos de fianzas existentes en el mercado así como a las afianzadoras mexicanas y que se identifican con las primeras, haciendo énfasis en las diferencias entre unas y otras.

3.3.1. DISPOSICIONES GENERALES. (32)

Pese a que de primera impresión, pudiera llegar a pensarse que con la emisión de esta reglamentación, el Universo de las compañías afianzadoras mexicanas, en cuanto a la expedición de fianzas de crédito, es ilimitado, encontramos que la primera de estas reglas, constriñe a las afianzadoras a expedir fianzas de crédito, exclusivamente cuando se trate de:

- 1.- El pago derivado de operaciones de compra-venta de bienes y servicios o de distribución mercantil.
- 2.- El pago total o parcial del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- 3.- El pago derivado de contratos de arrendamiento financiero.
- 4.- El pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de crédito garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda expedidos por un almacén general de depósito.

(32) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Primera. Empezando a regir en 1990.

5.- El pago derivado de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero.

6.- El pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios.

Los demás casos que impliquen operaciones de crédito quedarán prohibidos a menos que la secretaria de Hacienda y Crédito Público los autorice expresamente o los incorpore a las reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito, para ser operados regularmente por las instituciones de fianzas.

Consideramos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tuvo a bien autorizar exclusivamente las operaciones crediticias arriba mencionadas, como afianzables, en virtud de que por su propia naturaleza, proveen a las afianzadoras de contragarantías de fácil persecución por lo que en caso de incumplimiento de obligaciones por parte del obligado principal, la afianzadora tiene a la mano, además de las contragarantías que ella misma haya obtenido con motivo de la expedición de su fianza, las derivadas de la propia naturaleza de la operación de crédito garantizada con fianza.

3.3.2. EXPEDICION. (33)

Esta legislación reglamentaria, a través de su capítulo segundo que comprende las reglas segunda a séptima, manifiesta la forma en que deberán ser expedidas las fianzas de crédito por las instituciones mexicanas de fianzas.

Destaca que este tipo de fianzas deberán ser expedidas previa aprobación y análisis de la operación o negocio, efectuado por la afianzadora, lo cual se relaciona mucho con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas pues en ella se consigna que tipos de información deben recabar las afianzadoras lo que se traduce en un análisis de la operación o negocio pues dependiendo del tipo de esta, se obtendrán las garantías de recuperación pertinentes.

Ordena la Secretaría en este capítulo, la constitución de un ramo específico, que incluirá, exclusivamente fianzas que garanticen operaciones de crédito, llevando los registros contables que para este tipo de fianzas indique la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la que a su vez establecerá los controles pertinentes para la estrecha vigilancia de las mismas.

La práctica indica que todas las afianzadoras mexicanas obedeciendo a esta legislación reglamentaria, crearon el RAMO IV Fianzas de Crédito, adicionándolo, a los tres preestablecidos que son: I. Fianzas de Fidelidad, II. Fianzas Judiciales, III. Fianzas Administrativas.

(33) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Segunda a Séptima. Empezando a regir en 1990.

Se establece además que la expedición de este tipo de fianzas deberá ser masiva, evitando prácticas selectivas, facultando a las compañías afianzadoras a, en función del riesgo y contragarantías de la operación de que se trate, incorporación de deducibles, lo que viene a ser una innovación en materia de fianza pues la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no contempla ninguna clase de deducible para los tipos de fianzas convencionales.

Los beneficiarios de fianzas de crédito deberán ser siempre personas morales. Si relacionamos esta disposición con los tipos de fianza autorizados como susceptibles de afianzamiento crediticio, nos encontramos que en algunos de ellos pudieran aparecer como beneficiarios personas físicas.

Es por esta razón que consideramos que el legislador prefirió ser más claro prohibiendo que en las fianzas de crédito aparezcan como beneficiarios personas morales, lo que desde nuestro punto de vista contribuye a que las afianzadoras caminen sobre suelo firme, pues las personas morales que intervienen en este tipo de operaciones, generalmente son instituciones serias y además un gran número de ellas se encuentran vigiladas por organismos gubernamentales específicos.

Como medida que protege definitivamente a las afianzadoras, se establece la obligación de comprobar la existencia de pólizas de seguro sobre los bienes materia del contrato que origine la expedición de la fianza de crédito respectiva. Así mismo cuando el fiado sea persona física, deberá contar con un seguro de vida, a favor del beneficiario que cubra cuando menos el saldo insoluto del crédito, lógicamente en éstas pólizas de seguro, deberá aparecer la afianzadora involucrada como principal beneficiaria de las mismas.

3.3.3. GARANTIAS. (34)

A fin de disminuir los riesgos patrimoniales de las instituciones afianzadoras, y lógicamente protegiendo los intereses del público en general, las afianzadoras, tienen la obligación de contar con garantías de recuperación suficientes, guardando una proporción, por lo menos, del doble de las establecidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El artículo 24 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener pueden ser las siguientes:

- I.- Prenda Hipoteca o Fideicomiso;
- II.- Obligación Solidaria.
- III.- Contrafianza.
- IV.- Afectación en Garantía.

La garantía consistente en prenda podrá ser constituida sobre: I. Dinero en efectivo, II. Depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito. III. Valores, y V. Otros bienes valuados por institución de crédito o corredor. En este caso, la responsabilidad de la fiadora no excederá del 80% del valor de los bienes.

(34) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Octava y Novena.

La prenda consistente en efectivo o en valores, cualquiera que sea el monto de la fianza, deberá depositarse en un plazo de cinco días hábiles en una institución de crédito, y de ellos sólo podrá disponerse cuando se sustituya la garantía. Cuando dichos bienes se encuentren depositados en alguna institución de crédito, agente de valores, bastarán las instrucciones del deudor prendario al depositario para constituir la prenda.

Si la prenda consiste en bienes distintos del dinero en efectivo o de valores, independientemente del monto de la fianza, la prenda podrá quedar en poder del otorgante de la misma, en cuyo caso éste se considerará para fines de la responsabilidad civil o penal correspondiente, como depositario judicial.

La garantía que consista en hipoteca, deberá constituirse sobre bienes valuados por institución de crédito. En este caso, el importe de la fianza no será superior al 80% del valor disponible del inmueble.

El fideicomiso sólo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición.

En lo conducente, se aplicarán al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por esta ley para las demás garantías.

La garantía que consista en obligación solidaria o contrafianza, se aceptará cuando el obligado solidario o el contrafiador comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

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

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

3.3.4. CLAUSULAS OBLIGATORIAS. (35)

Por la importancia de algunos conceptos dentro de las fianzas de crédito, la legislación vigente obliga a las compañías afianzadoras a incluirlos dentro del texto de sus pólizas de fianzas de crédito, así como dentro de los contratos solicitud correspondientes. Lo anterior sin relevarlas de la responsabilidad que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas les confiere, a través de su artículo 118 bis, que consiste en hacerle saber al deudor principal y al solicitante de la fianza que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, y sus fianzas no se extinguirán, aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el incumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor.

El primero de los conceptos antes mencionados se establece en el sentido de que a partir del momento en que la afianzadora haga el pago total o parcial de su póliza, se subrogará en todos los derechos, acciones y garantías, derivados de la obligación afianzada, que tenga el beneficiario ante el fiado.

(35) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Décima a Décima Segunda. Comenzando a regir en 1990.

De la misma manera deberá hacerse constar a través de la propia póliza de fianza, la vigencia de este tipo de fianzas, sin que puedan asumirse obligaciones en forma retroactiva o por tiempo indeterminado. En ningún caso operará en forma automática la renovación o prórroga de las pólizas expedidas.

Concluyen estos conceptos señalando que las fianzas de crédito se cancelarán automáticamente transcurrido el plazo que la institución de fianzas y el beneficiario hubiesen acordado sin que este pueda exceder de 180 días.

Consideramos que el hecho de que el legislador haya mostrado especial interés en que estos conceptos estuviesen presentes en las diversas pólizas de fianza, tiene por objeto prevenir y proteger especialmente al público usuario de la fianza como garantía, quien comunmente carece de conocimientos técnicos profundos lo cual podría lesionar severamente sus intereses y su patrimonio al adoptar actitudes que por ignorancia los privarían de algunos derechos o prerrogativas.

3.3.5. RECLAMACIONES. (36)

Resultan de singular importancia para nosotros, principalmente por pertenecer en forma directa al procedimiento contemplado para hacer efectivas las pólizas de fianza, las reclamaciones, éstas pueden considerarse como la primera gestión mediante la cual se hace saber a la afianzadora del incumplimiento de su fiado, lo que la transforma en una gestión delicada pues este escrito base, puede llegar a repercutir en cuanto a su contenido en cualquier tipo de interpelación judicial derivada de la fianza, además con este escrito se interrumpe la prescripción de las pólizas, (Art. 120 Ley Federal de Instituciones de Fianzas) " Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en tres años. El requerimiento escrito de pago o en su caso la presentación de la demanda, interrumpen la prescripción." de donde se desprende que su presentación en tiempo y forma, puede ser decisiva en el futuro del negocio.

Las reglas de carácter general, mediante tres preceptos, a los que es supletoria la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, contemplan los elementos importantes para las reclamaciones de fianzas de crédito, mismas que consisten en lo siguiente;

(36) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Décima Tercera a Décima Octava.

Para evitar que las operaciones subsecuentes, garantizadas por determinada fianza de crédito, queden sin respaldo de la compañía afianzadora, los beneficiarios de las mismas, ante cualquier incumplimiento de las obligación afianzada, deberán suspender las operaciones objeto de la fianza de crédito. De la misma manera el beneficiario, deberá contar con la autorización expresa (particularmente interpretamos el concepto de autorización expresa como la que se da por escrito.) de la afianzadora, incluyendo el supuesto de sustituciones de documentos o títulos objeto de la fianza de crédito. Lo anterior encuentra fundamento adicional al contenido en la regla Décima Tercera de las de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito, en el artículo 119 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que a la letra dice; " La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza."

Los beneficiarios de las fianzas de crédito, deberán formular sus reclamaciones por escrito en cualesquiera de las oficinas de la casa matriz, en las sucursales o bien, en las oficinas de servicio de las instituciones de fianzas. Debiendo acompañar los documentos originales que acrediten la existencia y exigibilidad del crédito afianzado así como un informe de las gestiones de cobro realizadas por el beneficiario hasta ese momento. Dicha regla encuentra su excepción en el caso de las fianzas que garanticen el pago total o parcial, del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional

de Valores e Intermediarios, la institución de fianzas de que se trate estará obligada a cumplir con sus obligaciones como fiadora con el simple aviso del beneficiario que contenga la fecha y condiciones del vencimiento de la emisión garantizada, sin posibilidades de que la afianzadora pueda alegar improcedencia o excepción alguna al pago.

Tomando en cuenta que el principal eje de este trabajo de investigación es eminentemente de tipo jurídico, consideramos pertinente hacer breve mención de los procedimientos contemplados por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como únicas vías legales a través de las cuales los beneficiarios puedan exigir el pago de las obligaciones garantizadas a través de pólizas de fianza expedidas por las compañías afianzadoras.

Señala el artículo 93 de dicho ordenamiento federal, que los beneficiarios de fianzas, tendrán la alternativa de presentar sus reclamaciones por dos vías diferentes, la primera de ellas consiste en presentar la reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, ésta deberá ser por escrito y en ella La Comisión conciliará y en su caso resolverá las diferencias que se susciten entre las instituciones de fianzas y los beneficiarios de las fianzas expedidas por ellas.

La segunda será haciendo valer sus intereses ante los tribunales competentes, debiendo requerir a la institución por escrito dirigido a sus oficinas principales, sucursales u oficinas de servicio como lo habíamos indicado anteriormente, para que cumpla sus obligaciones como fiadora. La institución dispondrá en este caso de 30 días hábiles para hacer el pago si es que procede.

3.3.6. RETENCION Y DIVERSIFICACION DE RESPONSABILIDADES.

(37)

Las Instituciones de Fianzas están facultadas para obligarse hasta por un monto máximo de lo que resulte de la suma de todos los márgenes de operación de las instituciones del sector afianzador. De este concepto debe entenderse que en México no puede o mas bien no debe existir una fianza de crédito con monto mayor, al global de los márgenes de operación de las instituciones del sector afianzador.

No obstante lo anterior, las compañías afianzadoras en los particular sólo podrán retener íntegramente aquellas fianzas cuyo monto represente hasta el 10% de su respectivo margen de operación. Toda parte que excede de dicho porcentaje deberá ser colocado en reafianzamiento, cofianzamiento o reaseguro con otras instituciones de fianzas o de seguros en cuyo caso los participantes podrán a su vez retener individualmente hasta un 20% del monto de la fianza, obviamente sin exceder su margen de operación.

Quisiéramos aclarar que las instituciones de fianzas pueden escoger, en los casos en que sean fiadoras principales, entre retener el máximo monto legalmente permitido o si así lo prefieren retener conservadoramente el 20% del monto de la fianza obviamente si este no excede su margen de operación para fianzas de crédito.

(37) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Décima Novena a Vigésima Primera.

Cuando la afianzadora directa, es decir la que encabeza el negocio, ofrece el mismo en reafianzamiento, cofianzamiento o reaseguro, a otras instituciones, podrá aportar toda la información que respecto de garantías de recuperación en ese momento tenga, para que éstas puedan resolver sobre dicho ofrecimiento.

El total de primas que cada institución de fianzas o de seguros del país podrá retener por el conjunto de responsabilidades contingentes que provengan de la expedición de fianzas de crédito, será el equivalente al 25% del límite de retención de primas que en cada ejercicio corresponda.

Las instituciones de fianzas, jamás podrán asumir responsabilidades por un mismo solicitante, fiado, grupo de empresas o filiales de estas últimas, así como los mismos obligados solidarios que excedan de dos veces su margen de operación.

3.3.7. PRIMAS. (38)

Tratándose de fianzas que garanticen operaciones de crédito, la ley es rígida al señalar, que para efectos del cobro de las mismas, deberá ser efectuado por la afianzadora en el mismo momento de la expedición, ampliación, prórroga o renovación de la fianza de crédito.

Con esto queda claramente sobrentendido el hecho de que no se permitirá el cobro de este tipo de primas, en parcialidades y mucho menos con facilidades crediticias.

Desde nuestro punto de vista, apreciamos que la autoridad se muestra celosa de proteger los intereses patrimoniales de las compañías afianzadoras que manejan el ramo de crédito pues su riesgo es alto por lo que requieren de constituir reservas de inmediato creando un colchón que les permitirá en caso de contingencia contar con elementos suficientes para cubrir los requerimientos procedentes que se les presenten, con lo que a la vez se está velando por los intereses del público usuario de la fianza de crédito.

(38) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Vigésima Segunda. Comenzando a regir en 1990.

3.3.8. FACULTADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

(39)

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá, cuando una institución de fianzas no se ajuste a lo establecido en las Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito, una vez oída la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y previa audiencia de la institución interesada, limitar, suspender o revocar la facultad para otorgar este tipo de fianzas.

Con la inserción de este precepto a las Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito, queda firme la posición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como máximo órgano rector de las compañías afianzadoras de México.

(39) Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito. Vigésima Tercera. Empezando a regir en 1990.

DISPOSICIONES VARIAS. (40)

En los contratos de distribución mercantil en los que las afianzadoras figuren como garantes, si la mercancía objeto de la operación no puede ser comercializada por tener vicios o por no reunir los requisitos mínimos de calidad y, en consecuencia, proceda la devolución de aquélla, la afianzadora, quedará exenta de toda responsabilidad con respecto de esa mercancía.

Al momento de la reclamación, la mercancía y los derechos que de ella se deriven, quedarán como garantía prendaria en primer lugar, constituyéndose el fiado para todos los efectos legales, como depositario de la mercancía.

Para que la fianza siga surtiendo sus efectos, en el caso de cesiones de derechos del fiado, incluyendo el ejercicio de opción de compra, en las fianzas que garanticen contratos de arrendamiento financiero, se requerirá del consentimiento expreso de la afianzadora.

(40) Ob. Cit. Vigésima Cuarta a Vigésima Octava.

En las fianzas que garanticen descuentos de títulos de crédito o contratos de factoraje financiero, el acreedor beneficiario, deberá ser en todos los casos empresa de factoraje financiero, institución de crédito o entidad financiera que de acuerdo con las leyes respectivas esté facultada para realizar este tipo de operaciones.

En el caso de las fianzas de crédito, que garanticen el pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación de bienes y servicios, el fiado deberá acreditar los contratos, pedidos, pedimentos u otros documentos que evidencien sus compromisos comerciales con el extranjero.

PROHIBICIONES. (41)

Queda prohibido muy especialmente y sin perjuicio de las demás prohibiciones contenidas tanto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como en estas reglas, para las Instituciones de Fianzas, garantizar el cumplimiento de obligaciones que impliquen créditos directos como el mutuo, en cualquiera de sus formas, la cuenta corriente y el depósito de dinero.

(41) Ob. Cit. Vigésima Novena.

TRANSITORIAS. (42)

Las reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito, entró en vigor un día después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, siendo éste, el 25 de Agosto de 1990.

A partir del inicio de vigencia de las reglas de carácter general, quedaron sin efecto las autorizaciones que en forma general otorgó la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la expedición de fianzas de crédito.

Finalmente y como consecuencia de la publicación de las Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito, a partir de la fecha mencionada, se abrogaron la Circular No. 305-14-99 del 24 de Noviembre de 1951 y el Oficio No. 305-III-19307 del 17 de Diciembre del mismo año, ambos expedidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

(42) Ob. cit. Primera a Tercera.

CONCLUSIONES

1.- Encontramos en el Derecho Romano, el antecedente más claro y completo de la fianza, aún pese a su remoto origen histórico. Los romanos a través de el ADPROMISSIO, el CONSTITUTUM DE DEUDA AJENA y el MANDATO CALIFICADO, figuras que se asemejan a las actuales modalidades de la fianza y cuyas características también coinciden con las de las vigentes en la actualidad, abarcaron de manera a nuestro parecer muy completa, el verdadero sentido y función social de la fianza.

2.- De manera también importante, la fianza, desarrolló su finalidad, concepto y características en otros países como lo son; España, Francia, Italia y Alemania, que aunque poseen una tradición jurídica eminentemente romanista, con su participación en el manejo de este contrato lograron que el mismo evolucionara optimizando así su participación dentro de las relaciones entre los individuos, poniendo a disposición de estos, un instrumento que proporcionara certidumbre y confianza en sus transacciones cotidianas.

3.- Se logró constatar que el paso de el contrato de fianza dentro de la sociedad mexicana fué completamente influenciado por el Derecho Español cuya raíz se desprende claramente del Derecho Romano, al grado tal que hubo algún momento en la historia de nuestro país, en el que se acataban directamente las leyes provenientes de la corona española, posteriormente el contrato de fianza pasó a formar parte de nuestra legislación positiva con marcada influencia del Derecho Francés.

4.- En México, la fianza civil encuentra su naturaleza jurídica como un CONTRATO ACCESORIO DE GARANTIA, cuyas principales características como contrato lo convierten en nominado, unilateral, por naturaleza gratuito aunque es oneroso por práctica, conmutativo, aleatorio y consensual, que origina efectos jurídicos entre el fiador y el acreedor, el fiador y el deudor y entre el fiador y los cofiadores, cuya extinción generalmente sigue la suerte del contrato principal, además de extinguirse por las razones por las que se extinguen las obligaciones.

5.- La fianza mercantil o de empresa igualmente en México está considerada como un CONTRATO ACCESORIO DE GARANTIA, mismo que alberga la participación de elementos personales como lo son LA AFIANZADORA, EL TOMADOR O CONTRATANTE, EL FIADO, EL BENEFICIARIO Y EL OBLIGADO SOLIDARIO, el primero de los mencionados por ley deberá ser siempre una Institución de Fianzas constituida como Sociedad Anónima que cuente con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la expedición de fianzas.

6.- Como diferencia sustancial entre la Fianza Civil y Mercantil, principalmente destacamos el hecho de que, la segunda de las nombradas, a diferencia de la primera, sólo puede ser expedida por una Sociedad Anónima autorizada por el Gobierno Federal para que a título oneroso y en forma sistemática expida todo tipo de fianzas, contando para ello con obligaciones y prerrogativas especiales mismas que se encuentran contenidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

7.- El Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el anhelo de lograr el correcto desarrollo nacional, la modernización del sistema financiero mexicano y con él, la de las instituciones que lo integran, encontrándose entre ellas las Instituciones de fianzas, tuvo a bien emitir, tomando en cuenta sus antecedentes históricos, así como su peligrosidad, Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito.

8.- La función social de la Fianza es muy basta, sin embargo destacan los siguientes aspectos; Elimina el efecto inseguridad en las relaciones jurídicas, coadyuva al cumplimiento de obligaciones, contribuye al ahorro a largo plazo del país y a través de la vigilancia que ejerce la autoridad, así como por el profesionalismo de quienes las expiden, quedan salvaguardados los intereses del público usuario de este instrumento.

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

- AGULLA JUAN CARLOS. Teoría Sociológica. Biblioteca de Ensayos Sociológicos Instituto de investigaciones Sociales U.N.A.M. 1965.
- AGUILAR CARBAJAL LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1975.
- ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET J.A. Derecho Romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones. 1a. Edición, Editorial Porrúa, México, D.F.
- ARGAMONTE ROBERTO. Introducción a la Sociología. Editorial Cultural, S.A., La Habana, 1947.
- ATTEBERRY AUBLE AND HUNT. Introducción a la Sociología "Introduction to Social Science" Tha MacMillan Company, New York, 1974.
- BLACKMAR FRANK W. Sociología General "The Elements of Sociology", New York, The MacMillan Company, London 1918.
- BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo 1, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1953.
- CARPENTER EDUARD. Estudios Sociológicos. Editorial Moderna, Barcelona.
- CERVANTES AHUMADA RAUL. Títulos y Operaciones de Crédito. 3a Edición, Editorial Herrero, S.A., México, D.F. 1961.
- DIAZ BRAVO ARTURO. Contratos Mercantiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Haria, México 1983.

- ENNECCERUS LUDWING, KIPP THEODOR Y WOLF MARTIN. Tratado de Derecho Civil. Segundo tomo, Derecho de las Obligaciones, Volumen I, Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1933.

- FREIS HERBERT. Sociología Económica "The Chancing Pattern of International Económic Affairs", Harper and Brother Publishers, New York and London.
- GARCIA MAYNEZ EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1977.
- GARCIA TRINIDAD. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa México, 1953.
- MESSINEO FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV Derecho de las Obligaciones, Parte General, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- DE PINA Y VARA RAFAEL. Diccionario de Derecho, Porrúa, México 1984.
- PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil, t. III, Cajica, Pue. 1948
- PUIG PEÑA FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español, t. IV Obligaciones y Contratos. México.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I y II, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 1964.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, t. III y IV , Ed. Porrúa, México, 1980.

- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, t. II y IV, Porrúa México, 1983.
- SALVAT RAYMUNDO M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, Segunda Edición, actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, por Arturo Acuña Anzorena.- III,- Primera reimpresión tipográfica, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SANCHEZ AZCONA JORGE. Sociología General, Introducción a la Sociología de Max Weber, Ed. Porrúa, S.A., México 1976.
- SANCHEZ MEDAL RAMON. Contratos Civiles, Porrúa, México, 1976.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO JOSE. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano.
- TENA FELIPE DE J. Titulos de Crédito, 3a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México, D.F., 1956.
- U.N.A.M. Sociología del Derecho, Estudios Sociológicos, Editorial Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M., México 1957.
- VALVERDE VALVERDE CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, t. III, Parte Especial, Derechos Personales o de Obligaciones, Talleres Tipográficos Cuesta, Macías Picarea, Valladolid, 1926.
- VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR. Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1882.
- WALLAS GRAHAM. Psicología Social, "The Great Society", New York, The MacMillan Company, Co. 1920.

- WEBER MAX. Economía, Economía y Sociedad, Ed. F.C.E., México, D.F.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA MEXICANA EN MATERIA FEDERAL.
- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1870.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1828.
- CODIGO DE COMERCIO DE 1884.
- LEY DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.
- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
- LEY DE AMPARO.
- REGLAS DE CARACTER GENERAL PARA EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS QUE GARANTICEN OPERACIONES DE CREDITO. (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION 24 DE AGOSTO DE 1991) (SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO).