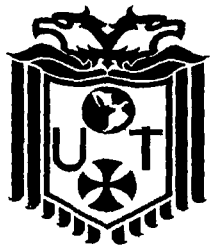


321309

6
20

UNIVERSIDAD TEPEYAC AC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213 CON FECHA 16-X-1979
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA DE FIDELIDAD

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
PEDRO GERARDO GONZALEZ BANDALA
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. SERGIO CUAUHEMOC MARTINEZ CASTILLO
CED. PROFESIONAL 437064

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MI MADRE

Señora Lucía Guillermina Bandala Christy
Con todo el amor, respeto y admiración del mundo,
y en agradecimiento por una vida llena de injusticias y sacrificio
gracias mi querida madre por ser la bendición que Dios me dió.

A MI PADRE

Señor Pedro Gerardo González Gracia
Con el anhelo de que podamos compartir
un sueño, una ilusión y una vida juntos.

A MI JUANITO

Señor Juan Guzmán Moreno
Por ser un ejemplo de tenacidad y lucha constante,
con el cariño, respeto y admiración que un hijo le tiene a un padre,
gracias por estar con nosotros en todo tiempo.

A MI NOVIA

Leticia Ivonne Pérez Zetina
Cuyo amor y comprensión me han aliviado de mis dolores,
tanto físico como mental, para continuar en la lucha.

LIC. SERGIO CUAHTEMOC MARTINEZ CASTILLO

Cuyo reto se encuentra superado en esta obra, agradeciendo
las enseñanzas dejadas en mí.

LIC. CARLOS PELAEZ CASABIANCA

Como testimonio a quien ha escrito una de las
más brillantes páginas en la Escuela de Derecho,
con admiración y respeto.

A MIS CATEDRATICOS

De quienes gracias a su bondad me transmitieron sus conocimientos, dedicándoles este trabajo como reconocimiento a su loable labor.

A LA INSTITUCION DEL TEPEYAC

Por veinte años de mi vida, con sus alegrías y tristezas, y por todas aquellas personas que hicieron sentirme orgulloso de llevar en mí los colores rojo, blanco y azul.

IN MEMORIAM



A MI MAYITA

Señora May Christy Muñoz

Con el inmenso cariño profesado en todo tiempo, siendo la luz que guió mis pasos para conquistar esta meta.

DR. EDMUNDO BANDALA FERNANDEZ

Con la seguridad del orgullo que tendrías al ver el presente trabajo.

DON PEDRO GONZALEZ MARTINEZ

Cuya dureza reflejó el amor y la ternura, forjando el carácter que nos distingue.

SRA. GUADALUPE GRACIA SALAZAR

Con el cariño y el entrañable recuerdo de momentos tan dulces como el néctar de una flor.

LIC. JUAN MARIO DUPONT LOPEZ

Con las esperanzas puestas en mi, agradeciendo el apoyo recibido, como un testimonio a un gran abogado y ser humano.

A MI HERMANITO

Israel García Lugo

Cuyo espíritu se encuentra reflejado en la obra y a lo largo de mi camino como futuro abogado

DON RODRIGO VALLE OROZCO

Precursor de la etapa que vive este centro educativo; como un homenaje a quien es el ejemplo y espíritu de la institución.

I N D I C E

INTRODUCCION	I
CAPITULO I. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES	1
1.1 Hechos ilícitos	2
1.1.1 Civiles	2
1.1.2 Penales	8
1.2 Declaración unilateral de la voluntad	11
1.2.1 Ofertas al Público	14
1.2.1.1 Oferta de venta	15
1.2.1.2 Promesa de recompensa	16
1.2.1.3 Concurso con promesa de recompensa	17
1.2.2 Estipulación a favor de tercero	18
1.2.3 Títulos civiles a la orden y al portador	21
1.3 Estipulación a cargo de tercero	22
1.4 El Convenio	23
1.4.1 El Contrato	23
1.4.1.1 El contrato y sus clasificaciones	24
1.4.1.1.1 Clasificación por materia	24
1.4.1.1.2 Preparatorios y definitivos	24
1.4.1.1.3 Bilaterales y unilaterales	24
1.4.1.1.4 Onerosos y gratuitos	25
1.4.1.1.5 Aleatorios y conmutativos	25
1.4.1.1.6 Consensual y real	25
1.4.1.1.7 Formales y solemnes	26
1.4.1.1.8 Principales y accesorios	26
1.4.1.1.9 Instantáneos y de tracto sucesivo	27
1.4.1.1.10 Nominados e innominados	27
1.4.1.2 Elementos esenciales o de existencia del acto jurídico	27
1.4.1.2.1 Consentimiento	28
1.4.1.2.2 Objeto	29

1.4.1.3 Elementos de validez del acto jurídico	30
1.4.1.3.1 Forma	30
1.4.1.3.2 Ausencia de vicios en la voluntad	31
1.4.1.3.3 Licitud en el objeto, motivo o fin	31
1.4.1.3.4 Capacidad de las partes	31
CAPITULO II. LA FIANZA	33
2.1 Antecedentes históricos	34
2.1.1 Roma	34
2.1.1.1 Sponsio	34
2.1.1.2 Fidepromissio	35
2.1.1.3 Fideiussio	36
2.1.2 España	39
2.1.2.1 Código Civil de 1888	40
2.1.2.2 Código de Comercio de 1829	41
2.1.2.3 Código de Comercio de 1885	42
2.1.3 México	43
2.1.3.1 Código Civil de 1870	43
2.1.3.2 Código Civil de 1884	44
2.1.3.3 Código Civil de 1928	45
2.1.3.4 Código de Comercio de 1854	47
2.1.3.5 Código de Comercio de 1884	47
2.1.3.6 Código de Comercio de 1890	48
2.2 Naturaleza jurídica	48
2.3 Marco jurídico	50
2.3.1 Civiles	50
2.3.2 Mercantiles	50
2.4 Elementos personales	51
2.5 Objeto	52
2.5.1 Directo	52
2.5.2 Indirecto	53

CAPITULO III. FIANZA DE EMPRESA	54
3.1 Antecedentes históricos	55
3.1.1 Inglaterra	55
3.1.2 Estados Unidos	56
3.1.3 México	56
3.1.3.1 Decreto de 3 de Junio de 1895	56
3.1.3.2 Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910	59
3.1.3.3 Las 32 Bases Orgánicas de 1910	61
3.1.3.4 Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925	62
3.1.3.5 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926	63
3.1.3.6 Ley General de Instituciones de Crédito de 1932	65
3.2 Generalidades	65
3.3 Marco legislativo	66
3.4 Concepto	67
3.5 Clasificación	67
3.5.1 Fianza de fidelidad	67
3.5.2 Fianzas judiciales	68
3.5.3 Fianzas administrativas	70
3.5.4 Fianzas diversas	72
3.6 Objeto	73
3.6.1 Directo	74
3.6.2 Indirecto	75
CAPITULO IV. FIANZA DE FIDELIDAD	76
4.1 Antecedentes históricos	77
4.1.1 Inglaterra	77
4.1.2 México	77
4.2 Concepto	78

4.2.1 Clasificación	78
4.2.1.1 Individuales	79
4.2.1.2 Cédula o de grupo	79
4.2.1.3 Abierta	79
4.3 Elementos personales	79
4.3.1 Compañía afianzadora	80
4.3.2 Beneficiario	80
4.3.3 Fiado	80
4.4 Objeto	81
4.4.1 Directo	81
4.4.2 Indirecto	81
4.5 Elementos de existencia	82
4.5.1 Consentimiento	82
4.5.2 Objeto	82
4.6 Requisitos de validez	83
4.6.1 Forma	83
4.6.2 Ausencia de vicios en la voluntad	83
4.6.3 Licitud en el objeto, motivo o fin	83
4.6.4 Capacidad de las partes	84
4.7 Procedimiento para hacer efectivo su importe	84
4.7.1 Institución fiadora	84
4.7.2 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	86
4.7.3 Tribunales Jurisdiccionales	91
CAPITULO V. EL SEGURO	93
5.1 Concepto	94
5.1.1 El riesgo	94
5.1.2 El siniestro	94
5.1.3 La indemnización	95
5.2 Naturaleza jurídica	96

5.3 Elementos personales	96
5.3.1 Asegurador	97
5.3.2 Asegurado	97
5.4 Objeto	97
5.4.1 Directo	98
5.4.2 Indirecto	98
CAPITULO VI. ANALISIS JURIDICO DE LA POLIZA DE FIANZA DE FIDELIDAD	99
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFIA	124

INTRODUCCION

Dos elementos para el sostén de la industria en nuestro país son el seguro y la fianza; destacando de esta última a la denominada de fidelidad, la cual es el punto de contacto entre estas dos instituciones jurídicas, conllevando esto a una serie de contradicciones y paradojas en nuestra disciplina.

El funcionamiento de la ya mencionada fianza, tiene características muy peculiares, las cuales se apartan de los lineamientos exigidos por el Derecho común, aunque diversos doctrinarios señalan que el funcionamiento de esta figura es el adecuado.

Este tipo de fianza ha sido materia de diversos debates, sin embargo, hay que tomar en consideración que sobre la misma, lo más reciente, por así decirlo, que se ha publicado es de la década de los 60's, subyugándose a lo establecido el mundo jurídico y por ende a los abogados y público en general, que desconocen el funcionamiento, objeto y obligaciones que la misma posee.

De las diversas discusiones, podemos decir que la base de apoyo de nuestros jurisconsultos son doctrinas extranjeras, por que carecemos, sobre todo en esta área, de estudios jurídicos hechos por juristas mexicanos, mientras que aquellos han tenido a bien hacer análisis, tratados y libros especializados sobre el tema, nuestros abogados han decidido que no hay necesidad de realizar un estudio serio y profundo de dicha institución, por lo mismo la bibliografía de apoyo debemos buscarla en aquella doctrina.

como de muchas otras, de instituciones extranjeras que aplicamos a la letra sin el debido conocimiento de las mismas, esta en especial se implantó en México con la modalidad de Fianza de Fidelidad Cédula, para afianzar a los pagadores de los ferrocarriles, olvidándose de señalar cual era el objeto de la misma; en virtud de que esta misma funcionaba en Estados Unidos bajo otra denominación, la del seguro, ya que las instituciones de seguros asumen tanto un riesgo como una obligación, diferenciándose en nuestro país una Institución de Seguros de una Institución de Fianzas y viceversa.

CAPITULO I

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

1.1 Hechos ilícitos

1.1.1 Civiles

Dentro del lazo jurídico que construye a las partes, encontramos a los hechos ilícitos, el cual analizaremos en su ámbito civil; para lo cual Gutiérrez y González define al hecho ilícito como: "Toda conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio"¹; contrastando esta definición con lo preceptuado en el numeral 1910 del Código Civil, que a la letra dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

De las definiciones anteriores se desprende que para Gutiérrez y González existe el hecho al violar una norma stricto sensu, o una declaración unilateral de la voluntad o lo acordado por las partes, en tanto que en el Código Civil establece la existencia de un hecho ilícito al violarse una norma, considerando más adecuada esta posición en virtud de encontrarse reglamentada por normas la declaración de voluntad y la celebración de convenios o contratos entre dos o más partes.

¹Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las obligaciones, p. 470

Para Rojina Villegas el hecho ilícito se funda en la teoría subjetiva de la responsabilidad, consagrada en el artículo 1910 del Código Civil y en la teoría objetiva o del riesgo creado plasmada en el numeral 1913 de la ley de marras.

Por su parte Bejarano Sánchez señala que de acuerdo al artículo 1830 es hecho ilícito todo aquel contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; asimismo señala que la responsabilidad objetiva por el riesgo creado que se ve reflejada en el artículo 1913 de nuestra Legislación Civil, se encuentra basada en los Códigos Civiles de Suiza y Rusia.

Concluyendo el análisis que realiza Manuel Bejarano Sánchez, dice que el hecho ilícito es "una conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente".²

Elementos del hecho ilícito

De acuerdo a lo establecido en los artículos 1830, 1910 y 1914 del Código Civil, aunado a las definiciones dadas por diversos autores, tenemos que los elementos integrantes del hecho ilícito son la antijuricidad, la culpa y el daño.

Para Manuel Bejarano Sánchez los elementos que integran el hecho ilícito civil consisten en la culpa, la antijuricidad y el daño.

Analizando el primer elemento que integra al hecho ilícito, encontramos a la culpa, la cual Gutiérrez y González señala que: "la culpa debe entenderse como la intención, falta de cuidado o negligencia que genera un daño y que el Derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad",³ coincidiendo con esta opinión Manuel Bejarano Sánchez quien nos señala: "el hecho ilícito para que se produzca como una fuente de la obligación es necesario que dicha conducta sea errónea, provenga de negligencia o falta de cuidado, es decir, que se trata de un proceder en falta, de un proceder culpable, o de una actitud malévola o intencional".⁴

Por ello Gutiérrez y González señala que se incurre en culpa cuando alguien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien, debiendo preverlo no lo ha hecho o columbrándolo, no toma las medidas racionales para evitarlo, señalando además que en ese sentido debe entenderse a la culpa y no como la catalogan algunos autores franceses, corriente que se encuentra representada por Planiol quien en su obra define a la culpa como: "una infracción a una obligación preexistente".⁵

Dentro de lo que es la culpa civil quedan enmarcados para el caso de los hechos ilícitos el dolo y la culpa en stricto sensu.

³Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 479

⁴Manuel Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 237

⁵Marcel Planiol, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 87

El dolo se encuentra estipulado en el artículo 2106 del Código Civil el cual no es renunciable y siempre deberá ser sancionado a diferencia de la responsabilidad por la culpa, la cual puede ser objeto de una renuncia de responsabilidad mediante la disposición de una cláusula contractual en dicho sentido.

De lo anterior se observa que Gutiérrez y González en su obra de Derecho de las Obligaciones incluye dentro de lo que es la culpa al dolo, siendo en un concepto muy personal, un señalamiento erróneo toda vez que el elemento subjetivo le da el matiz a la conducta humana y no podemos entender como un sinónimo del dolo a la culpa y viceversa, toda vez de que son conceptos totalmente diferentes, en el primero se quiere producir el perjuicio o daño y en el segundo no se busca realizar dicho perjuicio, sin embargo ese se realiza.

TIPOS DE CULPA EN EL DERECHO ROMANO.- SU APLICACION.

En el Derecho Romano se conocieron dos tipos de culpa:

a)grave o lata; y

b)leve o levis {leve in abstracto
 {leve in concreto

La culpa grave o lata, Colombo Leonardo nos dice que es: "la demasiada ignorancia -decía Ulpiano- esto es, no entender lo que todos entienden, es decir,

consiste en no tomar las más elementales precauciones, en no hacer lo que todos considerarían necesario en casos similares".⁶

La culpa leve o levis presentaba dos variantes; la primera, culpa leve in abstracto, que se incurría en ella cuando el deudor omitía los cuidados de un buen padre de familia, esto es, las atenciones que prestaría un hombre de diligencia común, y la segunda, la culpa leve in concreto, se incurría en ella por no poner en el cuidado de la cosa mayor diligencia de la que en forma normal ponía el bonus pater familias en relación con las suyas.

Posteriormente encontramos que de esta clasificación se hace una nueva, dividiéndose en tres, así tenemos:

- a) la lata o grave;
- b) la levis o leve; y
- c) la levisima.

La lata o grave ocurría en los casos en que el deudor carecía de todo interés en la convención en que se pudiera producir, toda vez que el acto verificado era en beneficio exclusivo del acreedor.

La levis o leve era aquella en que se respondía de los actos en que eran

⁶Leonardo A. Colombo, Culpa aquiliana, p. 62

celebrados en interés de las partes que intervenían en el mismo.

La levisima en la cual respondía el deudor en los contratos que se celebraban en su exclusivo interés.

A esta clasificación romana de la culpa se ha asociado la tesis de que en ciertos contratos realizados en beneficio exclusivo del acreedor de la cosa, como es el depósito gratuito, el depositario (deudor de ella) sólo queda comprometido en su responsabilidad si incurre en culpa grave (art. 2522 C. C.).

En los contratos realizados en beneficio exclusivo del deudor, como sucede en el comodato o mutuo simple, queda comprometida su responsabilidad, aún incurriendo en una falta o culpa levisima (art. 2504 C.C.) y, en los contratos concertados en interés de ambas partes, el deudor de la cosa responde de su culpa leve.

Como segundo elemento de los hechos ilícitos nos encontramos con la antijuricidad que se define como toda conducta que viola lo establecido por las normas jurídicas.

TIPOS DE ANTIJURICIDAD.⁷

a) Por violación de una norma expresa o de un principio jurídico implícito.

⁷Manuel Bejarano Sánchez, op. cit., p. 239

- b) Por vía de acción o de omisión (conducta)
- c) Por quebrantamiento de la norma civil o penal
- d) Por transgresión de una norma jurídica o de una disposición particular (disposiciones contractuales).
- e) Formal o material.

Por último, tenemos al daño como el elemento generador de la obligación proveniente de un hecho ilícito, ya que este elemento genera al acreedor el derecho subjetivo.

El daño es definido por el artículo 2108 del Código Civil que a la letra establece: "se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". Contrastando con esta definición se encuentra Enneccerus, quien señala: "Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etcétera)".⁸

No podemos dejar de establecer el significado del término perjuicio que va concatenado con este elemento de los hechos ilícitos. El artículo 2109 ordena: "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

⁸Ludwig Enneccerus, Derecho de las obligaciones, p. 89

1.1.2 Penales

"Según la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, se distinguían los contratos, los delitos, los cuasicontratos y los cuasidelitos. En el derecho romano se reconoció al delito como fuente de obligaciones; independientemente de la pena o sanción pública, generalmente el delito implicaba el daño hacia un patrimonio y, por lo tanto, la reparación del mismo originaba una obligación".⁹

El término cuasidelito fue aceptado por el derecho francés, definiéndolo la doctrina como: "un hecho que causa un daño patrimonial que se realiza sin la intención de perjudicar, pero que supone una falta de previsión o de cuidado".¹⁰

"El delito supone la intención de dañar; el cuasidelito implica una simple falta en la que no hay intención de dañar, pero tiene consecuencias perjudiciales para un patrimonio, por falta de previsión o de cuidado".¹¹ Por ende, podemos concluir que el delito es un hecho doloso y el cuasidelito es culposo.

Para nuestro derecho vigente el delito es toda conducta, típica, antijurídica y culpable.

La conducta consiste en hacer o dejar de hacer voluntario final; típica es que se encuentre enmarcada en un tipo penal; antijurídica, contra las normas del derecho

⁹Roberto de Ruggiero, Instituciones de derecho civil, p. 644

¹⁰Marcel Planiol, op. cit., p. 113

¹¹Rafael Rojina Villegas, Teoría general de las obligaciones, p. 302

penal; y, culpable que se compone de dos elementos: a) Posibilidad de la comprensión del carácter antijurídico de su hecho, y b) Que su ámbito de autodeterminación se halle sobre su umbral mínimo.

DISTINCION ENTRE EL ILICITO PENAL Y EL CIVIL.

La acción u omisión determina la responsabilidad. Ahora bien, desde este punto de vista, se encuentra cierta congruencia o similitud entre el ilícito penal y el ilícito civil; sin embargo, estas figuras no se identifican, pues el Derecho les atribuye consecuencias de índole muy diversa.

En tanto que al delito penal, caracterizado por ser una violación del orden público, el Derecho le atribuye una pena, tal como la privación de la libertad, sanción pecuniaria, etc., en tanto el ilícito civil supone la violación de un interés privado, le atribuye sólo una obligación civil, o sea la reparación del daño causado. Por tanto, el delito penal da origen a ejercitar una acción pública, llevada por el Agente del Ministerio Público como representante de los intereses sociales, en tanto que el ilícito civil origina una acción puramente civil o de carácter privado, ejercitada por el que ha sufrido el perjuicio.

A mayor abundamiento, la responsabilidad penal se funda en actos que dañan a la sociedad. En cambio, la responsabilidad civil supone, no un perjuicio social, sino un perjuicio privado. La víctima no es ya la sociedad, sino un particular.

La responsabilidad penal presupone la averiguación del individuo, lo que no ocurre con la responsabilidad civil, en la que simplemente se trata de establecer una relación jurídica o de carácter obligacional entre dos personas. Al ejercitarse una acción u omisión, puede ponerse en juego dos órdenes de responsabilidades, tanto penal como civil. Así, por ejemplo, cuando un automovilista priva de la vida a un transeúnte, da origen a una responsabilidad penal y a una civil, y surgen a raíz del mismo hecho, dos acciones diversas, pertenecientes una a la sociedad y la otra a los familiares de la víctima, esta última con arreglo a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, que puede exigirse por la vía civil la reparación del daño.

1.2 Declaración unilateral de la voluntad

Gutiérrez y González define a la declaración unilateral de la voluntad como: "la exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí o por otro, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar".¹²

La declaración unilateral de la voluntad, basándose en una imitación del código alemán de 1896, se encuentra reglamentada en los artículos 1860 al 1881 de nuestro Código Civil en el cual consagra la fuerza obligatoria de la manifestación de voluntad de una sola persona, rompiendo con la tradición que sostenía que la voluntad del hombre sólo era apta para engendrar obligaciones mediante el convenio, el acuerdo entre aquel que se comprometía (deudor) y el que adquiría el derecho (acreedor).

¹²Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 421

"El código alemán dispuso que basta la voluntad del deudor para constituir obligaciones a su cargo, en determinados casos particulares que son los siguientes:

- Oferta de contrato sujeta a plazo;
- Promesa de recompensa;
- Concurso con premio a plazo;
- Promesa de fundación;
- Títulos al portador; y
- Estipulación en favor de tercero"¹³

Esta nueva fuente de obligaciones fue limitada dentro del código alemán a los supuestos enunciados y el artículo 305 establecía: "Salvo disposiciones contrarias de la Ley, es necesario un contrato entre las partes interesadas, para el establecimiento de una obligación por acto jurídico, así como para el cambio de su contenido".

"Puede decirse con Hector Lafaille que se trata de una materia nueva y en plena elaboración. No obstante, se le pueden anotar algunos antecedentes históricos bastante remotos".¹⁴

a).-Derecho romano.-No la conoció de manera general, pero si reguló

¹³Manuel Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 178

¹⁴Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 421

dos casos aislados:

1º.-El votum, promesa unilateral hecha a un dios, en donde el promitente quedaba obligado sin necesidad de aceptación de su promesa.

2º.-La pollicitatio, "por excepción, la promesa hecha, pero no aceptada aún, obliga cuando se ha hecho a una ciudad".¹⁵

No obstante, como se anota, esto fue excepcional, pues la regla era que, para que una persona pudiera obligarse, se requería lo hiciera respecto de otra.

b).-Derecho alemán antiguo.-Se tuvo en este sistema la "promesa a Salmán" -ente ideal que se hacía intervenir cuando una persona deseaba transferir un beneficio a un ausente o incapaz-.

El promitente ofrecía a Salmán, algo, y quedaba obligado sin la efectiva aceptación del beneficiario real.

c).-Derecho canónico.-Recogió las ideas del votum romano, y cobró decisiva importancia la promesa hecha con fines religiosos, de tal forma que

¹⁵Eugene Petit, Derecho romano, p. 325

por la sola declaración unilateral de voluntad se queda obligado.

Nuestro Código Civil acogió a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones, reglamentando tres diversas especies, las cuales son:

- | | |
|---|--------------------------------------|
| | { oferta de venta |
| I.-Las ofertas al público | { promesa de recompensa |
| | { concurso con promesa de recompensa |
| II.-La estipulación a favor de tercero, y | |
| III.-Los títulos civiles a la orden y al portador | |

1.2.1 Ofertas al público

"Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, hecha a toda persona que pueda tener conocimiento de ella, con la expresión de los elementos esenciales de una prestación que se ofrezca cumplir, seria y hecha con el ánimo de satisfacer en su oportunidad, si fuere el caso".¹⁶

LA SOLA VOLUNTAD	OBLIGA A	A VERIFICAR
"	Quien ofrece al público vender determinados objetos	La venta de la cosa en el precio anunciado
"	El que promete recompensa	La entrega de la

¹⁶Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 424

a quien preste determinados servicios recompensa a quien prestó dichos servicios

" Aquel que promete un premio al que venza en un concurso La entrega de la recompensa a quien venció en el concurso

La obligación surge por la sola manifestación de voluntad del promitente independientemente de cualquier otra voluntad que viniera a adherirse a la suya, ya que no se trata de un acuerdo de voluntades. El deber jurídico de su autor es el de respetar la palabra dada, así cuando surja el acreedor indeterminado, su oferta deberá ser mantenida, y satisfacer la prestación prometida.

1.2.1.1 Oferta de venta

El artículo 1860 de nuestra legislación civil solamente establece que: "El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento".

Por su parte Rojina Villegas sostiene: "El que hace una oferta para vender, está ya obligado desde el momento en que la hace, de tal manera que la aceptación de un tercero, sólo vendrá a condicionar el cumplimiento de su promesa, pero su obligación existe ya en favor de un acreedor indeterminado".¹⁷

¹⁷Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 211

Esta figura no entraña grandes problemas, ya que es de uso cotidiano, la cual podemos encontrar en la sección de anuncios clasificados de cualquier periódico en donde se pone a la venta desde un objeto de uso personal como un reloj o ropa hasta un inmueble.

Sin embargo, Gutiérrez y González hace una crítica del artículo 1860 de Código Civil, en virtud de que señala que este dispositivo es innecesario, ya que basta que reúna los requisitos exigidos para una policitud para que surta sus efectos.

1.2.1.2 Promesa de recompensa

El numeral 1861 de nuestra legislación sustantiva civil dispone: "El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido".

Tiene derecho a recibir la recompensa quien ejecute el servicio pedido o llena la condición señalada; en caso de que varias personas hallan cumplido con la oferta, se otorgara la recompensa a quien lo hubiere ejecutado primero y si hubiesen sido varias personas simultáneamente que cumplieran la condición se repartirá entre ellos, y si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre ellos.

REVOCACION DE LA OFERTA

La oferta puede ser revocada por su autor, siempre y cuando cumpla los lineamientos exigidos por el Código Civil, debiéndose distinguir dos supuestos: el primero, una oferta de recompensa sin plazo, la cual para revocarse debe hacerse con la misma publicidad con la que se hizo la oferta, pudiendo realizarse en cualquier tiempo, cuando así lo decida el autor de la oferta; y la segunda, una oferta de recompensa con plazo, la cual sólo puede ser revocada cuando el plazo de la misma se haya cumplido.

"El artículo 658 del código alemán, dispone que la promesa de recompensa puede ser revocada hasta antes de la realización de hecho; pero la revocación, para ser eficaz, debe llevarse a cabo con la misma publicidad de la promesa. Se puede renunciar a la facultad de revocación. El señalamiento de un plazo para la realización del hecho, implica en la duda, renuncia de la facultad de revocar".¹⁸

1.2.1.3 Concurso con promesa de recompensa

"Es una declaración unilateral de voluntad que hace una persona llamada promitente, en el sentido de mantenerse en aptitud de cumplir una prestación, que el especifica, en favor de la persona que por tener las cualidades necesarias, interviene en un concurso o competencia, y obtiene la más alta puntuación al realizar o cumplir la prestación, que a su vez solicita el promitente".¹⁹

"La diferencia entre la simple promesa de recompensa y el concurso con

¹⁸Ludwig Enneccerus, *op. cit.*, p. 317

¹⁹Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 428

promesa de recompensa, fundamentalmente descansa en que esta última sólo se puede otorgar a un conjunto de personas determinadas, que son las que aspiran al premio, y de ese conjunto, conforme a ciertas reglas, se elegirá al vencedor, cuando haya cumplido los requisitos señalados en las bases respectivas".²⁰

En tanto que la promesa de recompensa no está sujeta a un grupo determinado ni a ningún tipo de reglas, sino a cumplir la condición o a la ejecución del acto solicitado.

1.2.2 Estipulación a favor de tercero

Rojina Villegas la define como: "la declaración unilateral de voluntad del promitente, hecha a propósito de un contrato, por la que se obliga en favor de un extraño al mismo, a cumplir una prestación o una abstención".²¹

Por su parte Bejarano Sánchez establece que: "se trata de una cláusula contractual en la que se concede un derecho para alguien que no ha intervenido ni ha sido representado en el acto. Es una promesa de beneficiar a un tercero, contenida en la cláusula de un contrato. En éste, las partes acuerdan hacer una prestación en favor de alguien ajeno al acto".²²

Definiéndola Gutiérrez y González como: "una declaración unilateral de

²⁰Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 212

²¹*Ibid.*, p. 213

²²Manuel Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 183

voluntad en virtud del cual el promitente como parte en un contrato, o en su testamento, determina que otra persona debe prometer que realizará una específica prestación a favor de una tercera persona".²³

En cuanto a la anterior definición, Rojina Villegas enfáticamente sostiene que sólo puede darse esta figura en los contratos; en ningún otro acto jurídico.

Contrastando con lo anterior, Gutiérrez y González sostiene y como lo ha establecido en la definición que nos da de esta figura, que también puede aplicarse en los testamentos.

Para resolver este conflicto y orientarnos Bejarano Sánchez formula la siguiente pregunta: ¿Hay estipulación en favor de tercero dentro de un testamento?

Afirmando al responder esta interrogante que cuando el testado impone al heredero instituido o a un legatario la carga de beneficiar a otro (que resulta así también legatario de ese beneficio) se presenta una situación semejante a la estipulación en favor de tercero. Tal parece que el testado fuera el estipulante, promitente el heredero o legatario que acepta, y tercero beneficiario el legatario favorecido.

²³Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 429

Pero la estipulación por otro es un acto inter vivos, no mortis causa, y sus reglas fueron elaboradas para funcionar en un acto entre vivos. Así, en un testamento sería imposible la irrevocabilidad de la promesa a raíz de la aceptación del beneficiario, efecto que es típico de la estipulación a favor de tercero. (El testamento es esencialmente revocable)

Por otra parte, la institución del heredero o legatario con carga tiene sus propios principios; la carga no consiste forzosamente en un beneficio para tercero, puede ser una prestación que favorezca al propio sucesor gravado, a la colectividad o a nadie en particular. Su incumplimiento puede originar la ineficacia de la institución del heredero o del legatario gravado y comprometer a los demás sucesores universales a su cumplimiento.

Resuelto el cuestionamiento hecho por Bejarano Sánchez, mismo que aclara la confusión entre los doctrinarios, debemos conocer los efectos que plantea esta figura para el estipulante, promitente y el tercero los cuales son los elementos personales que intervienen en ella.

EFFECTOS EN EL CONTRATO

Para las partes se derivan derechos y obligaciones, y así se tiene:

a) Derecho del estipulante.-En el artículo 1869 del Código Sustantivo Civil, se contiene este derecho, especialmente en el párrafo segundo; el cual establece:

"La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado".

"También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación".

b)Derecho del promitente.- Tiene el de exigir al estipulante que cumpla con las bases pactadas en el contrato, a efecto de que él pueda dar cumplimiento al beneficio que debe recibir el tercero, e inclusive puede negarse a realizar lo pactado, mientras no se le cumpla lo ofrecido.

c)Tercero.- Nace su derecho en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conserven de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato.

1.2.3 Títulos civiles a la orden y al portador

Consisten en la promesa contenida en un documento de hacer una prestación en favor de alguien determinado o indeterminado que posea el documento. El artículo 1873 del Código Civil dispone: "Puede el deudor obligarse, otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador".

Vivante define al título de crédito, y es aplicable al documento civil pagadero a la orden o al portador, como: "un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo".²⁴

1.3 Estipulación a cargo de tercero

En el Derecho Romano existió un caso en donde parecía se creaba a cargo de un tercero, una obligación, y aparentemente sufría una derogación el principio de "res inter alios acta".

Este principio establecía que: res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesset potest (lo hecho entre unos no puede perjudicar ni producir efectos para otros). Así, el contrato sólo podía obligar y crear derechos para las partes, no para los terceros.

Este caso, se conoció en Roma con el nombre de pacto de "poenam ipse promiserit", que luego pasó al Derecho Francés en donde se denominó "promesa de porte-fort".

Ortolán nos expresa que en Roma se decía: "Versa vice, qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur; nisi poenam ipse promiserit" (Por el contrario, el que promete que otro hará tal o cual cosa no está obligado a menos que él mismo haya prometido también una pena).

²⁴César Vivante, Tratado de derecho mercantil, p. 136

El pacto poenam ipse promiserit o promesa de porte-fort es el convenio en el cual una persona se obliga para con otra, a obtener la voluntad de un tercero, para la celebración de un acto jurídico, y si no la obtiene a pagar una pena.

En nuestro Derecho es válido este convenio, consignándose en el numeral 1841, segundo párrafo, del Código Civil, el cual ordena: "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquel. Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona".

1.4 El Convenio

1.4.1 El Contrato

El contrato es una especie de convenio. El artículo 1792 del Código Civil establece que "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Ahora bien, "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos" (artículo 1793 del Código Civil). Por exclusión, los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto.

CONVENIO (<u>lato sensu</u>) crea, transfiere, modifica o extingue derechos y obligaciones	{CONTRATO crea o transfiere derechos y obligaciones
	{CONVENIO (<u>stricto sensu</u>) modifica o extingue derechos y obligaciones

1.4.1.1 El contrato y sus clasificaciones

1.4.1.1.1 Clasificación por materia

La primer clasificación atiende a las partes que intervienen en la celebración de los mismos, pudiendo ser civiles, mercantiles, laborales, administrativos, etc.

1.4.1.1.2 Preparatorios y definitivos

Es preparatorio aquel cuyo objeto es la celebración de un contrato o acto futuro. También llamado preliminar o pre-contrato y sólo da origen a obligaciones de hacer consistentes en la celebración del contrato futuro.

Los contratos definitivos contienen la voluntad presente de las partes para decidir sus recíprocos intereses en el mismo acuerdo de voluntades.

1.4.1.1.3 Bilaterales y unilaterales

Son bilaterales o sinalagmáticos los que generan obligaciones para ambos contratantes.

Los unilaterales producen obligaciones a cargo de una de las partes.

1.4.1.1.4 Onerosos y gratuitos

Es oneroso el contrato en que se establecen provechos y gravámenes para ambas partes.

Es gratuito aquel en que el provecho es solamente para una de las partes.

1.4.1.1.5 Aleatorios y conmutativos

Es aleatorio en el momento que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes han quedado determinadas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que las partes pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

1.4.1.1.6 Consensual y real

Se reputa consensual el acto para cuya celebración la ley no exige ninguna forma especial; perfeccionándose al exteriorizarse de cualquier forma la voluntad de las partes.

Se consideran reales los actos jurídicos los cuales no se constituyen sólo con la declaración de voluntad, sino que debe hacerse entrega material de una cosa.

1.4.1.1.7 Formales y solemnes

El contrato formal es aquel donde la voluntad de las partes por exigencia de la ley, debe externarse bajo cierta forma escrita que ella dispone. La falta de la forma no afecta su existencia, pero si su eficacia.

Es solemne aquel contrato en donde la ley exige como elemento de existencia del mismo, que la voluntad de las partes se externe con la forma prevista por ella y sin la cual el acto será inexistente.

1.4.1.1.8 Principales y accesorios

El contrato principal es el que con su sola existencia posee la validez y eficacia jurídica, y no necesita de otro contrato para reforzarlo, pudiendo coexistir un acto adlátere que no le resta la fuerza que posee el contrato.

El contrato accesorio no tiene existencia independiente, sino que es complementario de otro contrato, el cual es un anexo.

1.4.1.1.9 Instantáneos y de tracto sucesivo

Los instantáneos son aquellos que se agotan en un solo acto, al formarse y cumplimentarse inmediatamente.

El de tracto sucesivo es aquel que nace y perfeccionado, sus prestaciones se continúan a través del tiempo, hasta en tanto las partes lo deseen.

1.4.1.1.10 Nominados e innominados

Los contratos nominados o típicos se encuentran establecidos en las diferentes leyes que nos regulan.

Por su parte los innominados no se encuentran regulados en dichas disposiciones jurídicas, conociéndoseles además como contratos atípicos.

1.4.1.2 Elementos esenciales o de existencia del acto jurídico

El Código Civil en su artículo 1794 establece como elementos de existencia el consentimiento y el objeto del contrato, sin embargo, la doctrina añade la solemnidad como otro elemento.

1.4.1.2.1 Consentimiento

Es el acuerdo de voluntades que tienen por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, dentro de los convenios a lato sensu. En los contratos el consentimiento se expresa para dar lugar a actos positivos como la creación o transmisión de derechos y obligaciones, en tanto que los convenios en sentido estricto modifican o extinguen a los mismos, por ende formulando actos negativos.

Para celebrar un contrato se requiere de dos declaraciones unilaterales, de esta forma tenemos expresado el consentimiento de los contratantes, por una parte la propuesta u oferta y por el otro la aceptación.

Estableciendo Bejarano Sánchez que el consentimiento: "no es ni la oferta sola ni es la aceptación sola. Ambas se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente".²⁵

El consentimiento puede externarse de manera tácita o expresa. El artículo 1803 del Código Civil dispone que es tácita cuando el aceptante realiza una serie de hechos o actos que presupongan o autoricen a presuponer su aceptación; y expresa cuando la propuesta hecha se acepta por medio de palabras, de escritos, o de signos inequívocos.

²⁵Manuel Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 55

Dentro de la manifestación de la voluntad encontramos al silencio, el cual representa una polémica entre diversos autores, si debe ser o no considerada como una manifestación de la voluntad.

Estableciendo al respecto Planiol que: "el silencio presenta un signo equívoco, y por mucho que se deseche el formalismo, el consentimiento necesariamente ha de demostrarse".²⁶

Mazeaud, por su parte, establece que: "la jurisprudencia francesa ha decidido conceder efectos de aceptación al silencio, cuando la oferta se hace en interés exclusivo del destinatario".²⁷

1.4.1.2.2 Objeto

El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Estos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto la cosa o el hecho, se ha confundido el objeto de la obligación con el objeto del contrato.

El Código Civil en su artículo 1824 dispone: "Son objeto de los contratos:

I.-La cosa que el obligado debe dar;

II.-El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

²⁶Marcel Planiol, *op. cit.*, p. 520

²⁷Henri Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, p. 137

Distinguiéndose el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato.

Castán Tobeñas al respecto manifiesta: "objeto inmediato del contrato es, en realidad que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer".²⁸

1.4.1.3 Elementos de validez del acto jurídico

Los requisitos de validez del acto jurídico se encuentran establecidos en el numeral 1795, los cuales son la forma, ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto, motivo o fin y la capacidad de las partes.

1.4.1.3.1 Forma

Ortiz Urquidí afirma: "por forma debemos entender la manera en que éste se realiza: verbalmente, por mímica (signos inequívocos) o por comportamiento o conducta (tácitamente). Y como es innegable que todos los negocios tienen un modo, una manera especial de celebrarse (de palabra, por escrito, etcétera), podemos afirmar que no hay uno solo que carezca de forma".²⁹

²⁸José Castán Tobeñas, Derecho civil español común y formal, p. 341

²⁹Raúl Ortiz Urquidí, Derecho civil, p. 138

1.4.1.3.2 Ausencia de vicios en la voluntad

La voluntad de las partes que celebran un acto jurídico debe estar exenta de defectos o vicios. La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico debe ser cierta y libre; debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida.

Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor) entonces es una voluntad viciada que anula el contrato, como lo dispone el numeral 1812 de nuestra legislación civil.

1.4.1.3.3 Licitud en el objeto, motivo o fin

El Derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y reglar con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica gozando de cierta libertad de acción por el ejercicio de su voluntad autónoma. Esa autonomía tiene por límite la ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos impongan, no deben contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley.

1.4.1.3.4 Capacidad de las partes

Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que las partes sean capaces. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y

obligaciones, así como para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional son incapaces. Hay dos tipos de capacidad: la de goce (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; y, la de ejercicio (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos, la cual es alcanzada al cumplir la mayoría de edad -18 años-).

CAPITULO II

LA FIANZA

2.1 Antecedentes históricos

2.1.1 Roma

El Derecho Romano conoció tres tipos de garantías personales: la sponsio, la fidepromiso y la fideiussio.

2.1.1.1 Sponsio

Esta figura sólo era para ciudadanos romanos y también era la más antigua. Para que tuviera validez el acuerdo debía tomar una forma estipulatoria, a través de una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor, concebidas en estos términos: ¿spondesne mihi centum dare? - spondeo.

"Resulta de este procedimiento que la estipulación no podía ser hecha por los mudos y sordos. No podía tampoco tener lugar entre ausentes: la presencia de las partes era absolutamente necesaria para el cambio de palabras que constituyen el contrato".³⁰

³⁰Eugene Petit, op. cit., p. 334

Este requisito exigido en la sponsio, y en todos los contratos verbis, se debió a que la estipulación servía a una doble finalidad: primero, creaba deudas nuevas y transformaba las existentes; y, segundo, formalizaba los contratos carentes de forma; de tal suerte que si se omitía en la celebración de los mismos la pronunciación de las palabras requeridas, las obligaciones derivadas de ellos no eran exigibles.

2.1.1.2 Fidepromissio

La fidepromissio surgió a la vida jurídica a través de la estipulación, sólo que, se diferenció de la sponsio, en que las palabras requeridas para su perfeccionamiento fueron diferentes (¿idem fides promittis?); y, además, en que por la fidepromissio, pudieron también obligarse los peregrinos. No obstante, las dos instituciones tuvieron algunos puntos de semejanza: las obligaciones derivadas de su celebración no se transmitían a los herederos; y ambas garantizaron únicamente obligaciones verbis.

Para los sponsors y fidepromissores, la ley llamada Apuleya expedida unos doscientos años antes de Jesucristo, estableció que, cuando hubiera varios cofiadores, se les considerara a éstos como socios, concediendo un derecho de reembolso a aquél de ellos que hubiera pagado íntegramente la deuda, o más de lo que constituía su parte.

Una ley posterior a la Apuleya, la Furia de Sponsu, liberó al fiador de su obligación, siempre que hubiesen transcurrido dos años a partir de la fecha en que se vencía la deuda garantizada, y no hubiese sido requerido de pago. En igual forma

estableció que el fiador no respondía más que de la parte que había garantizado, que resultaba de dividir el importe total de la deuda entre todos los cofiadores.

Además, la obligación de los sponsores sobrevivía a la del deudor principal, en consecuencia, aun cuando el que había prometido no estaba obligado después de su muerte, el sponsor que garantizaba la promesa no se liberaba y era responsable del cumplimiento de la obligación ajena.

Con Justiniano, la única forma de garantía personal que pudo asumirse por estipulación fue la fideiussio, habiendo desaparecido las formas más antiguas de la sponsio y la fidepromissio.

2.1.1.3 Fideiussio

Es el contrato por el cual una persona se obliga a responder accesoriamente, de una deuda ajena, con la propia personalidad, es decir con el propio crédito. Por su parte Cruz Tejeiro señala que este concepto de la fianza corresponde a una fase ya desarrollada de la misma, pues en un principio el fiador respondía frente al acreedor en lugar del deudor principal; siendo dicho fiador, un rehén que quedaba obligado con su cuerpo en garantía del deudor.

Implicaba la asunción de la fideiussio el relevar de toda obligación o responsabilidad al deudor principal, pues el fiador era el único que respondía frente

al acreedor por la integridad de la deuda.

Posteriormente, el fideiussor responde en forma solidaria como un codeudor; pero ya en el Corpus Iuris Civilis, su obligación es sólo accesoria y, por lo mismo, condicionada a la existencia de una principal.

La fideiussio era accesoria, es decir, que era necesario para la existencia de la obligación del fiador, que existiera otra principal; subsidiaria, en un principio la asunción de la fianza liberaba de su obligación al deudor principal, desplazando íntegramente la responsabilidad hacia el fideiussor como obligado directo, pero en el imperio de Justiniano la situación cambió radicalmente, llegando el fiador a responder de la deuda ajena sólo en forma subsidiaria; formal, en el contrato no bastaba el simple consentimiento para perfeccionarlo, sino que era indispensable cumplir con ciertas formalidades; gratuita, no se conoce que el fideiussor haya percibido remuneración alguna por asumir su obligación, lo cierto es que lo hacía por consideraciones a un amigo y por consecuencia en forma gratuita; y, unilateral, si el fiador por su voluntad se obligaba a cumplir accesoriamente por el deudor principal, era el único que resultaba con la carga de las obligaciones derivadas del contrato.

Respondiendo primitivamente el fiador de su obligación a la par que el deudor principal; el acreedor si lo estimaba conveniente, podía optar por exigir el cumplimiento de la deuda, directamente a aquél. Esta situación injusta para los fiadores, se prolongó hasta la época de Justiniano, que les otorgó el beneficio de excusión, por virtud del cual podían exigirle al acreedor que antes de hacerles a

ellos efectivo el crédito, procediera contra el deudor principal, siempre que se le pudiera hallar y fuera solvente.

También se dio el caso de que hubiera varios fiadores respecto a la misma obligación, entonces el acreedor podía reclamar a cualquiera de ellos la totalidad de lo afianzado, y si alguno pagaba liberaba a los demás, pero como resultaba exagerado que sólo uno cubriera íntegramente la deuda, cuando todos debían hacerlo, se expidió una epístola llamada "Divi Hadriani", que estableció la exceptio divitionis, es decir, el derecho a pedir que el acreedor hiciera efectivo su crédito a prorrata, entre todos los que habían afianzado la obligación.

En cuanto a los derechos que tenía el fiador para exigir del deudor principal que le indemnizara lo pagado, cabe distinguir dos situaciones, a veces aquél asumía la obligación por mandato, o sea a instancias del deudor, entonces, por virtud de la relación jurídica interna existente entre ellos, podía a través de la acto mandati contraria exigir el reembolso; pero si se había prestado voluntariamente a ser fiador renunciando a exigir dicho reintegro, y llegaba a pagar por el deudor principal, entonces no tenía derecho a reclamar, pues se suponía obligado animo donandi.

En el Derecho Clásico goza el fiador, cuando el acreedor le demanda el cumplimiento de la obligación garantizada, del beneficio cedendarum actionum, por el cual antes de pagar tiene el derecho de pedir al acreedor le ceda su acciones contra el deudor y los demás coobligados; esto significaba en efecto que el pago realizado por el fiador, no extinguía el derecho de la parte a reclamar, "por cuanto que

se realizaba una venta de acciones de acreedor a fiador, por un precio igual al monto del crédito".³¹

2.1.2 España

Los pobladores más antiguos de la península ibérica fueron los iberos y los celtas, de los que se conocen muy pocos vestigios de su organización jurídica y política.

Más tarde, España fue poblada por fenicios, cartagineses y griegos, cuyos caracteres sociales dejaron honda huella en el territorio colonizado.

Cuando estos pueblos sucumbieron ante la invasión romana, el derecho del nuevo conquistador llegó a ser de aplicación general en la península ibérica.

En el Fuero Real, Título XVIII del Libro III, donde se regula ampliamente todo lo relativo a fiadores. También las Partidas de Alfonso el Sabio, reglamentaron la fianza, encontrándose las principales disposiciones en las leyes del Título XII de la Partida V y en el Libro X, Título XI, leyes VII y VIII de la Novísima Recopilación. En esta materia se copió en gran parte la obra legislativa romana con algunas limitaciones y reformas aconsejadas por la práctica y las necesidades del pueblo español.

³¹Eugene Petit, *op. cit.*, p. 338

Así se establecieron algunas prohibiciones para que los clérigos, los labradores y las mujeres, no pudieran ser fiadores más que en casos excepcionales. Se siguió considerando la fianza como contrato accesorio y susceptible de garantizar obligaciones naturales, pues aun en estos casos, el fiador estaba obligado a cumplir. Tampoco la fianza pudo exceder al monto de la obligación principal, ni obligarse por ella a pagar cosa distinta de la debida por el deudor. Las Partidas volvieron a admitir que los fiadores pudieran afianzar la deuda sólo en parte.

En cuanto a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, se estableció que bastaba la simple manifestación del consentimiento hecha en forma indubitable para que tuviera validez; abandonándose en consecuencia los viejos formalismos del derecho romano. Además, se siguieron transmitiendo a través de la fianza, los derechos y obligaciones derivados de la misma a los herederos.

Los beneficios establecidos para los fiadores fueron los ya conocidos de: excusión, división y cesión de acciones. Y los modos señalados, por las Partidas para la extinción de la fianza fueron el directo, que la extinguía como obligación en sí misma, y el indirecto o por vía de consecuencia.

El contrato de fideiussio romano ejerció un decisivo influjo en las Leyes de Partida. Estas a su vez siguieron influenciando todo el derecho español posterior.

2.1.2.1 Código Civil de 1888

Esta legislación española sigue considerando a la fianza como un contrato, insistiendo en sus caracteres de accesorio, gratuito y unilateral. Establece nuevamente la posibilidad de garantizar deudas futuras; y en cuanto a la extensión de la fianza, dice que nunca excederá al monto de la obligación principal, aunque ésta se pueda afianzar válidamente sólo en parte.

Establece de nuevo los beneficios de orden, división y excusión, así como el derecho de subrogarse por el acreedor cuando se ha pagado la deuda. Las formas de extinción de la fianza siendo las mismas; la directa, que extingue la obligación del fiador independientemente de la deuda garantizada, y la indirecta o por vía de consecuencia.

Este Código estableció que la fianza puede ser: convencional, judicial y legal.

Esta legislación exigió que la obligación principal existiera validamente, por lo mismo no podían afianzarse las que sólo fueran naturales. Tampoco se requería el cumplimiento de formalidades especiales para la celebración del acto por virtud del cual se otorgaba la fianza, bastando el simple consentimiento de las partes, manifestando en forma expresa para que tuviera validez.

2.1.2.2 Código de Comercio de 1829

El criterio que adoptó para calificar la mercantilidad de la fianza se

determinó por la calidad de los sujetos que intervinieran en la celebración del contrato principal, pues exigía que éstos fueran comerciantes.

Además, era indispensable que el contrato principal fuera mercantil para que la misma calidad se atribuyera al accesorio.

Esta legislación mercantil exigió que la fianza constara por escrito, produciendo la omisión de este requisito el que la misma no tuviera valor ni surtiera efectos.

No fue de la esencia de la fianza mercantil que el fiador al asumir su responsabilidad percibiera retribución, pero ello no impidió que, por convenirlo así el deudor principal y el fiador, pudiera pactarse un premio por el servicio que se prestaba.

2.1.2.3 Código de Comercio de 1885

Siguió los lineamientos ya consagrados en el de 1829, pero para atribuirle la calidad de mercantil a la fianza, sólo fue necesario que garantizara el cumplimiento de contratos de la misma índole, suprimiendo en consecuencia el requisito de la calidad profesional de quienes intervinieran en la celebración del contrato principal, pues era suficiente que la obligación afianzada fuera mercantil para que revistiera el mismo carácter el contrato de garantía.

2.1.3 México

2.1.3.1 Código Civil de 1870

Este fue el primer código expedido para el Distrito Federal y Territorios, y sus autores recibieron la influencia del Derecho romano, español, francés, austriaco y holandés, asimismo de los proyectos españoles y mexicanos anteriores.

La parte relativa a fianzas se reglamentó de los artículos 1813 a 1888; definiendo a la fianza como "la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace".

La capacidad exigida para ser fiador es la misma que se exige para contratar; y sólo la mujer, por principio, no puede obligarse como tal, sin embargo, la ley señala una serie de excepciones.

Para que la obligación del fiador pueda ser exigible, la del obligado principal debe ser civilmente válida, pues si es simplemente natural, no se tiene acción para reclamar contra el fiador.

Este Código admite en forma expresa que además de ser a título gratuito, la fianza puede pactarse con retribución.

Para el perfeccionamiento del contrato bastaba el simple consentimiento de las partes manifestado en forma expresa, para que tuviera validez. Se siguieron transmitiendo los derechos y obligaciones derivados de la celebración de este contrato a los herederos, y el fiador al ser demandado por el pago de la obligación garantizada, podía oponerle al acreedor todas las excepciones inherentes a la deuda, pero de ninguna manera las personales del deudor.

Consagrando los beneficios de orden, excusión y división, que solamente podían prosperar si el fiador no había renunciado a ellos, y si se prevalía de los mismos al exigírsele el cumplimiento de la obligación garantizada.

Además estableció la posibilidad de que los fiadores fueran solidarios, pudiendo el que pagara, reclamar de los otros la parte que en proporción de la deuda les correspondía; cuando no había solidaridad, el fiador solamente tenía acción para reclamar al deudor principal por la parte que había pagado. Era necesario que cuando el fiador hiciera el pago lo notificara al deudor, con el objeto de que éste último no le opusiera las excepciones que tuviera contra el acreedor.

2.1.3.2 Código Civil de 1884

Este código sufrió reformas por la expedición de la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, que creó el divorcio como disolución del vínculo y dio a la mujer plena capacidad jurídica.

En la parte relativa a fianzas, en forma casi idéntica siguió reglamentando la institución, aunque debe estimarse que por virtud de la ya mencionada Ley de Relaciones Familiares, la mujer a partir de entonces, tuvo plena capacidad para celebrar toda clase de contratos y entre ellos, el de fianza.

2.1.3.3 Código Civil de 1928

Esta ley define a la fianza como "un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace".

Se clasifica a la fianza en legal, judicial y convencional según que la obligación de rendirla provenga de la propia ley, de proveído judicial, o bien de un acuerdo de las partes.

Se aceptó de nuevo la posibilidad de afianzar deudas futuras y no líquidas, pero en estos casos la obligación del fiador no es exigible sino hasta que lo es la deuda garantizada.

En cuanto a la extensión de la obligación contraída por el fiador, ésta nunca puede exceder los límites del débito principal, aunque sí válidamente afianzarse sólo en parte.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los herederos del fiador, están obligados según disposición expresa del artículo 1998 a responder por las obligaciones del de cuius, en forma proporcional a la cuota que les corresponda según el haber hereditario.

Este código sustantivo establece que la fianza no puede existir sin una obligación válida, a diferencia del código anterior que señalaba solamente una obligación civil válida y no natural.

Una de las innovaciones de esta ley establecía que las fianzas otorgadas por individuos o compañías en forma accidental en favor de determinadas personas, quedan sujetas a las disposiciones del propio Código Civil, siempre que no se extiendan en forma de póliza, no se anuncien públicamente por la prensa y no se empleen agentes que las ofrezcan.

Continuando con este orden de ideas en el capítulo de fianzas legales y judiciales las modificaciones que se introdujeron fueron producto de la necesidad, para evitar los frecuentes abusos que en su otorgamiento cometían individuos que habían constituido una verdadera industria de las mismas.

Así con el objeto de que éstas no resultaran ilusorias y realmente constituyeran una garantía efectiva, se dispuso que cuando excedieran de \$1,000.00, debía presentarse un certificado expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que demostrara que el fiador tenía bienes suficientes para responder de la obligación que

se echaba a cuestras, y además que se hiciera constar en una inscripción marginal que los citados bienes que daban afectos a la satisfacción de la deuda garantizada; en estas circunstancias si los fiadores gravan o enajenan sus bienes y por ello resultan insolventes, esta enajenación se presume fraudulenta.

Los fiadores judiciales y legales no pueden prevalerse de los beneficios de orden y excusión, por lo tanto, si el acreedor lo desca, puede demandar y ejecutar directamente sobre los bienes de dichos fiadores.

2.1.3.4 Código de Comercio de 1854

Se inspiró en el código español de 1829, afirmando que las fianzas eran mercantiles cuando tenía por objeto asegurar el cumplimiento de contratos de comercio.

Esta fue la única diferencia con el citado código español, ya que en lo demás fue una copia del citado ordenamiento.

2.1.3.5 Código de Comercio de 1884

Con él se derogaron todas las leyes mercantiles que hasta entonces habían estado vigentes.

Este ordenamiento legal, al reglamentar lo relativo a fianzas mercantiles, realizó una verdadera copia del Código de Comercio de 1854.

2.1.3.6 Código de Comercio de 1890

Este código no reglamento las fianzas mercantiles, sin embargo el 3 de junio de 1895, se expidió un decreto autorizando al Ejecutivo para celebrar contratos-concesión con empresas que quisieran operar como instituciones de fianzas.

2.2 Naturaleza jurídica

Nuestro Código de Comercio no contiene una regulación específica de la fianza, solamente la de empresa se encuentra regulada por una ley específica, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, aunque no podemos ignorar la gran controversia que existe sobre la distinción del ámbito civil y el mercantil de esta figura, aunque para nuestro estudio nos abocaremos a la fianza de empresa, sin dejar de hacer un análisis sobre lo expuesto.

El artículo 2811 ha sido la pauta para distinguir sobre la materia de la fianza, dicho precepto textualmente ordena: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan".

Por ende, se reputa mercantil aquella fianza que se otorgue sistemáticamente, por medio de una póliza, con publicidad y a través de agentes de ventas.

De acuerdo a este criterio distintivo esa sería la manera para diferenciar a la fianza civil de la mercantil, sin embargo, esta distinción solo atiende a la mercantilidad condicionada por el motivo o fin de la misma, traduciéndose ésta en la intermediación, lucro y habitualidad, dejando de lado y sin observar a la misma desde el punto de vista de los sujetos o del objeto de la misma.

El artículo 75 del Código de Comercio establece cuales son los actos de comercio, dividiéndose sus fracciones en:

sujeto {V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI

objeto {III, IV y XV

motivo o fin {I, II, XII y XIII

formalmente mercantil {XXII y XXIII

Estas cuatro clasificaciones deben tomarse en consideración para distinguir la fianza civil de la mercantil, en virtud de que una fianza mercantil puede garantizar una obligación de carácter meramente civil.

Para nuestro estudio debemos enfocarnos a la fianza de empresa, la cual el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas le otorga la calidad de formalmente mercantil, al ordenar: "las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria".

2.3 Marco jurídico

2.3.1 Civiles

-Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Diario Oficial de la Federación: 26-V-1928

2.3.2 Mercantiles

-Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Diario Oficial de la Federación: 31-VIII-1935

-Código de Comercio

Diario Oficial de la Federación: 7-X-1889

-Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Diario Oficial de la Federación: 26-V-1928

-Ley de Instituciones de Crédito

Diario Oficial de la Federación: 18-VII-1990

2.4 Elementos personales

Los elementos personales³² requeridos en la fianza y que no todos intervienen en la misma, ya que el cometido de dos o más de ellos pueden ser desempeñado por uno solo, y son:

a) Institución afianzadora, papel que sólo puede ser desempeñado por una sociedad anónima mexicana, provista de concesión otorgada al efecto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b) Tomador o contratante, en la ley llamado solicitante, que puede serlo cualquier persona moral o física, y por supuesto, el propio fiado.

c) El fiado o deudor principal, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que puede ser el tomador o contratante.

³² Arturo Díaz Bravo, Contratos mercantiles, p. 204

d)Beneficiario, quien es el acreedor de la obligación principal.

La anterior clasificación dada por Díaz Bravo resulta muy compleja y a la vez confusa, por lo que debemos establecer nuestra opinión que concuerda con la que establece Olvera de Luna, al señalar que "los elementos personales del contrato de fianza, son el deudor, el acreedor y el fiador".³³

2.5 Objeto

2.5.1 Directo

Como lo hemos señalado en el capítulo precedente el objeto en el contrato no es la cosa o el hecho.

El artículo 1824 del Código Civil dispone: "Son objeto de los contratos:

I.-La cosa que el obligado debe dar;

II.-El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Por ello debemos establecer que la fianza tiene como objeto directo asumir una obligación, al definirse la fianza como "un contrato en virtud del cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación, en

³³Omar Olvera de Luna, Contratos mercantiles, p. 150

caso de que el deudor no lo haga".³⁴

"La fianza consiste, pues, en la obligación que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal".³⁵

2.5.2 Indirecto

El objeto indirecto, es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato, conociéndose como objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer.

De la definición dada por Vázquez del Mercado, se establece que el fiador tiene el compromiso con el acreedor de garantizar el cumplimiento de la obligación de su fiado.

En ese orden de ideas y de la misma tesis podemos concluir que el objeto indirecto no es otra cosa que el cumplimiento de esa obligación, es decir, que al afianzar una obligación de dar, el fiador debe de entregar la cosa; en la de hacer, debe de prestar el servicio o el hecho; y, en el caso de no hacer, abstenerse de realizar una conducta.

³⁴Oscar Vázquez del Mercado, Contratos mercantiles, p. 293

³⁵Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho mercantil, p. 276

CAPITULO III

FIANZA DE EMPRESA

3.1 Antecedentes históricos

3.1.1 Inglaterra

Antes de 1720 en Inglaterra hicieron su aparición muchas extrañas proposiciones de seguro, una compañía ofreció asegurar a los amos contra pérdidas provenientes de la deshonestidad de sus criados. Esto ha sido señalado como el primer intento de un afianzamiento corporativo.

Sin embargo no es sino hasta 1840 cuando se estableció a la fianza de fidelidad como un negocio, con la organización de una compañía para formalizar el negocio, la cual fue la Sociedad de Garantía de Londres.³⁶

El afianzamiento de empresa se desarrollo lentamente. Al principio se encontró difícil substituir por una corporación impersonal, al afianzador personal, localmente conocido. La gran renuencia de los individuos a la asunción gratuita de obligaciones en las que no tenían un interés inmediato, favoreció su desenvolvimiento.

"Con la aceptación de fiadores corporativos con propósitos legales,

³⁶Jules Backman, Surety rate making, p. 4

creció el negocio y los individuos se fueron resistiendo cada vez más a obligarse, cuando por una remuneración, se podían obtener fácilmente las fianzas de las corporaciones".³⁷

3.1.2 Estados Unidos

"El incremento de estas instituciones fue tan difícil, que se hizo necesario el transcurso de varios años para que la primera compañía de fianzas recibiera su autorización".³⁸ Después de ésta, diversas empresas invadieron el campo, sin embargo un gran porcentaje de ellas fueron a la quiebra.

3.1.3 México

3.1.3.1 Decreto de 3 de Junio de 1895

En nuestro país, la primera referencia sobre fianza de empresa regulada por leyes especiales, se remonta a 1895, en que por decreto del 3 de junio, se autorizó al Ejecutivo de la Unión, para celebrar contratos con las compañías que se constituyeran para dar fianza a los empleados dependientes del Gobierno Federal.

Este decreto fijó las bases sobre las cuales se celebrarían dichos contratos, pero por el mismo no se autorizó en esa fecha el funcionamiento de compañía alguna. De estas bases sobresalen las siguientes:

³⁷John Magee, *Seguros generales*, p.123

³⁸Jules Backman, *op. cit.*, p. 5

Las compañías afianzadoras debían tener su domicilio en la ciudad de México si eran nacionales, y en el caso de ser extranjeras, establecerían una sucursal en la capital de la República, sin perjuicio de las que establecieran en los estados.

Por lo que respecta a su nacionalidad se dijo que se considerarían como mexicanas para todos los efectos legales, quedando sujetas a la jurisdicción de los tribunales y autoridades de la República.

El plazo máximo para operar sería de veinte años. Prohibiéndose el traspaso de las autorizaciones concedidas, sin el permiso previo de la Secretaría de Hacienda.

Se exceptuó a las instituciones fiadoras que se constituyeran, del pago de todos los impuestos, con excepción del causado en la forma del timbre; reservándose el derecho el Gobierno Federal de otorgar concesiones más ventajosas, pero en dichos casos esas mismas ventajas se extenderían al resto de las empresas que estuvieran operando.

Desde esta época la Federación tomó una injerencia directa en la calificación de la solvencia económica de las afianzadoras, teniéndose especial cuidado por lo que respecta a sucursales de compañías extranjeras, de exigirles ciertos y determinados requisitos para autorizarles su funcionamiento; tales como el de que depositaran previamente en la Tesorería General de la Federación la cantidad de cien mil pesos para garantizar su gestión, en defecto de lo cual no se firmaban los contratos respectivos.

En relación al modo de prestar las fianzas, las mismas debían expedirse en la forma y términos que exigieran la Secretaría de Hacienda, los Gobiernos de los estados, los funcionarios y empleados autorizados para admitir y aprobar dichas cauciones, creándose con ello una verdadera anarquía, pues la ley no fijó en forma expresa un modo unitario de otorgar la misma; además de que elevaron el documento así expedido, a la categoría de instrumento público.

Se estableció un procedimiento sui generis por lo que respecta a los medios de que disponía la Federación para exigir a las compañías afianzadoras el pago de los desfalcos de sus empleados afianzados, pues ocurrido éste, a veces se daba un plazo de ocho días y otras de treinta después de hecha la notificación del mismo, para que se hiciera el depósito de la cantidad defraudada, teniendo la institución la posibilidad de cerciorarse de la certeza del desfaldo cometido. El pago realizado en estas circunstancias subrogaba a la compañía en los derechos que tenía el fisco para reclamar.

El plazo establecido para la exigibilidad de las responsabilidades derivadas de fianzas era no sólo por todo el tiempo que se habían expedido, sino que se prolongaba a tres años después de haberse vencido el plazo de la vigencia, a menos que se hubiera fijado un plazo mayor.

Las instituciones fiadoras podían retirar sus fianzas, pero era necesario que mediara aviso escrito dirigido a las autoridades acreedoras, para que el fiado rindiera su informe; en estos casos la garantía seguía vigente treinta días después de dicho aviso. Las compañías tenían la posibilidad de proteger sus intereses, ya que por su cuenta

podían nombrar inspectores que investigaran los desfalcos, pero los mismos quedaban bajo la dirección de la Secretaría de Hacienda.

En caso de responsabilidad de los empleados afianzados, si la empresa afianzadora no restituía, voluntariamente, el monto de lo sustraído en el plazo que se les otorgaba, la Secretaría de Hacienda en forma discrecional podía distraer la cantidad necesaria para cubrirlo, de los cien mil pesos otorgados para garantizar el contrato, quedando obligadas las empresas a reconstituir ese depósito en un plazo de diez días; el incumplimiento de dicho precepto producía la revocación de la concesión.

3.1.3.2 Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910

Esta reglamentación estableció en forma general y abstracta, las disposiciones y requisitos a que expresamente se sometería cualquier institución que a partir de la fecha, pretendiera establecerse en nuestro país.

El Estado, por el fracaso de las afianzadoras en Estados Unidos, consideró indispensable intervenir en la vigilancia e inspección de las mismas, garantizando los intereses de las personas que aparecían como acreedores; evitar a las compañías un competencia desleal; y, colocarlas dentro del régimen legal.

Se admitió que pudieran operar como fiadoras no solamente sociedades

mexicanas sino también extranjeras, en este último caso, cumpliendo con diversos requisitos.

A la Secretaría de Hacienda, competía autorizar el funcionamiento de las instituciones de fianzas, fijar los requisitos de admisibilidad de las fianzas, y el de cancelar las autorizaciones respectivas cuando así fuera procedente.

Estableció una división de las fianzas, las cuales son:

1.-Las que podemos considerar de fidelidad, que garantizaban el manejo de los funcionarios federales;

2.-Las de garantía del pago de impuestos, rentas y multas; y

3.-Las de garantía del cumplimiento de obligaciones de contratos a favor del Estado.

El depósito que debían otorgar las instituciones afianzadoras ante la Tesorería General de la Federación, variaba de acuerdo al otorgamiento de las fianzas anteriormente expresadas.

A las compañías afianzadoras se les eximió del requisito de tener bienes raíces en la República por considerarlas de acreditada solvencia económica.

Los documentos que expidieran por las instituciones de fianzas por las cauciones que otorgaran, tendrían el carácter de instrumentos públicos; se les dio facultades para que obtuvieran informes confidenciales de sus afianzados; y se les otorgó un derecho de prelación sobre los bienes del responsable y de sus cómplices en caso de que llegaran a pagar, subrogándose en las acciones del fisco para reclamar a quienes defraudaran a la Federación.

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

3.1.3.3 Las 32 Bases Orgánicas de 1910.

El Ejecutivo de la Unión expidió treinta y dos bases reglamentarias bajo las cuales habían de otorgarse las fianzas en favor de la Hacienda Pública.

Se exigió que las fianzas se expidieran en forma de póliza, anotándose en las mismas los requisitos que las entidades acreedoras señalaran para admitirlas.

Limitándose la responsabilidad de las compañías a los términos que sus pólizas indicaran, sin que en ningún caso fuera mayor de la expresamente admitida.

La vigencia de la fianza sería por lo menos de un año que podía prorrogarse por mutuo consentimiento de las partes.

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

En determinados casos las compañías podían dejar de afianzar con causa justificada a un determinado empleado, pero estaban obligadas a comunicarlo a la entidad acreedora, no liberándose de su compromiso, sino dos meses después de la notificación respectiva.

En los casos de responsabilidades exigibles a las compañías por el incumplimiento de sus fiados, después de la resolución administrativa condenando a hacer el depósito por el monto de la garantía prestada, si la empresa manifestaba su inconformidad, podía promover ante los tribunales comunes un juicio para que se decidiera en definitiva si estaba o no obligada a pagar.

3.1.3.4 Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925

Se expidió el 11 de marzo de 1925 una nueva Ley sobre Compañías de Fianzas, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 8 de abril de ese mismo año.

Además de las fianzas otorgadas para garantizar a la Hacienda Pública, las afianzadoras podían en el Distrito y Territorios Federales, expedir cualquier otra fianza a favor de particulares, permitiéndoseles otorgar fianzas judiciales. Garantías que no habían sido reglamentadas por considerarlas como fianzas que únicamente podían prestar los particulares.

Se declaró a las instituciones de fianzas como de crédito, sujetándolas a las disposiciones de la ley de la materia que se había expedido en 1924, en lo que no se opusiera a la de fianzas.

Se exigió que las fiadoras se constituyeran bajo la forma de sociedades anónimas, señalándose el número mínimo de socios y el capital que debían tener para comenzar a operar, que podía variar en razón de los ramos en que estuvieran autorizadas.

Las instituciones de fianzas tenían la obligación de constituir un fondo que se llamaría de "reserva de premios por fianzas en vigor", y que se formaría con el 50% del importe de las primas de todas aquellas fianzas expedidas durante el año.

A los particulares se les prohibió expedir fianzas en forma sistemática, la infracción a esta disposición constituía un delito.

3.1.3.5 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926

La Ley sobre Compañías de Fianzas quedó derogada con la expedición de esta nueva legislación.

A las instituciones afianzadoras en la expedición de fianzas a particulares se les autorizó emitir las en toda la República.

El aumento o disminución del capital social, sólo podía efectuarse con la previa autorización de la Secretaría de Hacienda.

Tenían la obligación de constituir un fondo de reserva que se formaba con el 10% de las utilidades netas anuales, aprobadas por la asamblea general de accionistas hasta llegar a integrar una tercera parte del monto del capital social.

El otorgamiento de las autorizaciones quedó sujeto a que se constituyera previamente en el Banco de México, un depósito en oro o en títulos de la Deuda Pública.

Se establecieron algunas causas por las cuales la Secretaría de Hacienda podía retirar las autorizaciones que otorgaba.

No se exigía a las compañías plazo mínimo durante el cual estuvieran obligadas

a operar, sino que se dejó al arbitrio de las mismas el que en cualquier época dejaran de hacerlo, con la sola la obligación de avisar a la Secretaría de Hacienda con tres meses de anticipación.

3.1.3.6 Ley General de Instituciones de Crédito de 1932

Todas las instituciones de crédito podían otorgar fianzas, con la única limitación de que el fiado constituyera garantía bastante a favor de la institución fiadora.

Para que las fianzas expedidas por compañías fueran aceptadas era indispensable que no excedieran en cada caso del 20% del capital y reservas del mismo, creándose el límite de retención, dentro del cual las instituciones estaban facultadas para otorgar sus garantías.

Cuando las compañías sobrepasaran ese margen, tenían que reafianzarse por el excedente en otra u otras empresas, o bien exigir al fiado que otorgara una garantía bastante a favor de la fiadora y aprobada por la Secretaría de Hacienda.

3.2 Generalidades

Dos soportes jurídico-económicos del comercio son el crédito y el seguro. Correspondiéndole además un importante papel en la vida de los negocios a la fianza, cuyos regímenes técnico y jurídico, cuando se realiza habitual y profesionalmente,

muestran varios puntos de contacto con el seguro, a tal grado que en algunos países se operan conjuntamente.

Díaz Bravo establece que "es criticable la expresión fianza de empresa porque: a) con ella se induce a confusión sobre las fianzas otorgadas por empresas que no son afianzadoras, que sin embargo no son fianzas de empresa stricto sensu, aunque sí en sentido amplio; b) de seguir por el mismo camino, habría necesidad de rebautizar ciertos contratos, y referirse, vgr., al préstamo de empresa, crédito de empresa, arrendamiento de empresa, etcétera".³⁹

3.3 Marco legislativo

El marco legislativo bajo el cual opera la fianza de empresa es:

-Ley de Instituciones de Crédito

Diario Oficial de la Federación: 18-VII-1990

-Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Diario Oficial de la Federación: 31-VIII-1935

-Código de Comercio

Diario Oficial de la Federación: 7-X-1889

³⁹Arturo Díaz Bravo, *op.cit.*, p. 200

-Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Diario Oficial de la Federación: 26-V-1928

3.4 Concepto

La fianza de empresa es aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad mercantil (sociedad anónima), en forma onerosa (mediante el pago de una prima), sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado (recuperabilidad de lo pagado en su caso), con un control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante (autorización para operar), a su funcionamiento y desarrollo (operando como una organización auxiliar de crédito), sino también en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía.

3.5 Clasificación

En la ley de la materia no se hace una clasificación de los tipos de fianza que se expiden por las instituciones de fianzas legalmente autorizadas para el efecto, por lo que debemos recurrir a la experiencia de la cual obtendremos la división de aquellas.

3.5.1 Fianza de fidelidad

I.- Individuales

-Agentes Vendedores

- Cajeros
- Cobradores
- Consejeros
- Corredores de Apuestas
- Corresponsales
- Depositarios
- Ejecutores
- Empleados Vendedores
- Notificadores
- Pagadores
- Tesoreros

II.-Cédula o De Grupo: Aplicada a afianzar a determinados empleados.

III.-Abierta: Afianza a todos los empleados de una empresa.

3.5.2 Fianzas judiciales

I.-Penales

a)Amparo:

1.-Suspensión Provisional

2.-Suspensión Definitiva

b)Condena condicional

- 1.-Con reparación del daño
- 2.-Sin reparación del daño

c)Libertad caucional

d)Libertad preparatoria

II.-Civiles o Administrativas

a)Albacea judicial

b)Amparo:

- 1.-Suspensión Provisional
- 2.-Suspensión Definitiva
- 3.-Contrafianza

c)Apelación

d)Enajenado

e)Gestor

f)Interventor

g)Pensión alimenticia

h)Providencia precautoria:

- 1.-Arraigo
- 2.-Embargo
- 3.-Levantamiento

III.-Laborales

a)Amparo:

- 1.-Suspensión provisional
- 2.-Suspensión definitiva
- 3.-Contrafianza

b) Conflictos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje

c) Indemnizaciones obreras

3.5.3 Fianzas administrativas

I.- Migración

a) Agencias de turismo

b) Guías de turistas

c) Repatriación

II.- Aduanales

a) Agentes aduanales

b) Consignatarios de buques

c) Importación:

- 1.- Definitiva
- 2.- Temporal
- 3.- Especial

d) Exportación:

- 1.- Definitiva
- 2.- Temporal
- 3.- Especial

e) Tránsito internacional:

- 1.- Por territorio nacional
- 2.- Por territorio extranjero

f) Multas aduaneras

III.-Intereses fiscales federales, estatales o municipales

a)Almacenistas de alcohol

b)Contratistas de correspondencias y valores

c)Contratos de obras oficiales:

- 1.-Cumplimiento
- 2.-Conservación
- 3.-Concurso
- 4.-Anticipo

d)Elaboración de alcohol

e)Escuelas oficiales:

- 1.-Permanencia
- 2.-Vestuario y Equipo

f)Explotación de Permisos o concesiones de:

- 1.-Canteras
- 2.-Caza y pesca
- 3.-Comunicaciones
- 4.-Forestales
- 5.-Minas
- 6.-Radio y televisión

g)Multas

h)Notarios Públicos

i)Pedidos oficiales:

- 1.-Cumplimiento
- 2.-Anticipo

j)Porteadores de:

- 1.-Azúcar
- 2.-Alcohol
- 3.-Leche
- 4.-Mieles incristalizables

k) Suministro de talonarios de pulque

3.5.4 Fianzas diversas

I.- Nacional Monte de Piedad

a) Desempeño

b) Pignoración

II.- Lotería Nacional para la Asistencia Pública

a) Agentes de Segunda

b) Billeteros ambulantes

III.- Fletes

IV.- Devolución de envases

a) Diáfano

b) Gas

c) Oxígeno

d) Petróleo

e) Refrescos

V.- Inquilinarias

VI.- Rifas y Sorteos

3.6 Objeto

3.6.1 Directo

"El objeto de las obligaciones que surgen de un contrato, siempre lo constituye una prestación (dare, facere, praestare) que a su vez tiene por objeto una actividad o el resultado de una actividad del deudor".⁴⁰

La obligación fiadora presupone la existencia de otra obligación. De este carácter accesorio, Rojina Villegas⁴¹ establece que surgen diversas consecuencias, entre las cuales destacan las siguientes:

Si es inexistente la obligación principal, ello originara la inexistencia de la obligación fiadora. Asimismo si la obligación principal está afectada de nulidad absoluta, también lo estará la obligación del fiador.

Cuando se realiza novación de la obligación afianzada, la del fiador debe extinguirse, pues es obvio que corre la suerte de la principal.

La prestación de garantía no constituye un facere, aunque la obligación principal garantizada si puede consistir en hacer algo.

⁴⁰G. Pacchioni, Dirito civile, p. 74

⁴¹Rafael Rojina Villegas, Contratos, p. 44

"La prestación que constituye el objeto de un deber jurídico cualquiera, sólo puede quedar garantizada por su equivalente en el patrimonio del deudor, en cuanto sea exactamente valuable en dinero; es decir, si no tiene un precio en el mercado, no puede ser ejecutada sobre el patrimonio del deudor por equivalente".⁴²

La garantía específica prestada por un fiador no puede tener como contenido una prestación de hacer, sino una prestación de la misma especie que la que es propia de la garantía general de los bienes del deudor, quien, en caso de incumplimiento, es ejecutado para que pague por su equivalencia.

Donati establece que: "la fianza, según la doctrina más reciente y más aguda, no tiene la función de resarcir los daños derivados al acreedor del incumplimiento del deudor, ni la de garantizar el cumplimiento del deudor principal, sino más bien la de añadir al primero un segundo deudor pari gradu, quien cumple por el deudor principal mediante una prestación fungible con la que constituye el objeto de la obligación del deudor".⁴³

Ravazzoni establece que: "la garantía es hacer nacer una deuda nueva y autónoma, si bien su contenido sea determinado per relationem con el de la deuda principal y aquélla se caracterice por una función de garantía, que sirve para diferenciarla, aun estructuralmente, de la deuda principal".⁴⁴

⁴²G. Pacchioni, *op. cit.*, p. 5

⁴³Antigono Donati, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, p. 29

⁴⁴A. Ravazzoni, *La fideiussione*, p. 155

3.6.2 Indirecto

"La obligación de la fiadora consistirá siempre en el pago de una cantidad de dinero equivalente a la obligación principal garantizada, aun en el caso de que ésta consistiere en la prestación de una cosa o de un hecho determinados".⁴³

A pesar de que el acreedor tiene la posibilidad de exigir directamente a la fiadora el pago de la deuda, no por ello se altera la esencia de la obligación contraída por aquélla, pues el hecho positivo objeto de la misma, no consiste en la promesa de cumplir si el deudor principal no cumple, sino en pagar en vez de dicho deudor.

⁴³Luis Ruiz Rueda, El Contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio, p. 103

CAPITULO IV

FIANZA DE FIDELIDAD

4.1 Antecedentes históricos

4.1.1 Inglaterra

En el año de 1729, bajo la figura del seguro, una compañía aseguradora protegía al patrón por las pérdidas a cargo de algún sirviente, a causa de la deshonestidad de éste.

En 1840, se creó la Sociedad de Garantía de Londres, que ya bajo una forma más sistematizada se dedicó a caucionar los manejos de los sirvientes.

4.1.2 México

La American Surety Company of New York, en fecha 15 de junio de 1895, celebró un contrato concesión con el gobierno mexicano, a fin de que se dedicara a caucionar a funcionarios y empleados del Gobierno Federal, de los Estados, Distrito y Territorios Federales, así como de los particulares.

La fianza de fidelidad en esa época garantizaba cualquier

pérdida económica imputable al fiado, ya fuera por culpa o por dolo.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público expidió el Régimen de Fianza, el cual establecía los conceptos a garantizar, y en la segunda base establecía:

Las compañías (fiadoras) responderán por las cantidades de dinero o valores faltantes en que resultaren implicados dichos empleados, ya sea por delito intencional o de culpa, o bien por pérdidas que sufrieran y le sufre imputables, o por cualquier otro motivo legal que produjere responsabilidad pecuniaria para el empleado.

4.2 Concepto

Se define como aquella que garantiza la responsabilidad en que pueda incurrir quien tenga a su cargo el manejo de dinero o bienes ajenos, sean públicos o privados.

Raúl Latapi, la define como aquella que: "garantiza las responsabilidades pecuniarias de origen delictuoso, en que pueda incurrir algún empleado por la comisión de hechos que constituyan un delito de los llamados comunmente de infidelidad patrimonial, como robo, fraude, abuso de confianza, etc., cometido en bienes del patrón beneficiario o en otros que éste le hubiera confiado".⁴⁶

4.2.1 Clasificación

⁴⁶Raúl Latapi Boysselle, *Revista Mexicana de Fianzas*, No. 6, Diciembre de 1965

4.2.1.1 Individuales

Es el vínculo jurídico en virtud del cual una compañía afianzadora, se obliga por medio de una póliza de fianza con el acreedor (beneficiario), a pagar por un sólo fiado, las responsabilidades dolosas que deriven de éste en contra del patrimonio del beneficiario.

4.2.1.2 Cédula o de grupo

En este tipo de fianza se cauciona a un grupo de empleados dentro de una misma póliza, pero por montos diferentes y específicos para cada empleado, a la póliza se anexa un documento con los nombres de las personas caucionadas en esa póliza.

4.2.1.3 Abierta

Afianzando a todos los empleados de una empresa en forma genérica por una cantidad total.

4.3 Elementos personales

Los sujetos que intervienen en la fianza de fidelidad son los siguientes:

- Compañía afianzadora
- Beneficiario o Acreedor
- Fiador o Deudor

4.3.1 Compañía afianzadora

Se define como una sociedad anónima, autorizada por el Gobierno Federal para otorgar fianzas a título oneroso.

4.3.2 Beneficiario

También se le denomina acreedor, ya que éste es el acreedor frente a la compañía afianzadora, pudiendo ser aquel una persona física o moral.

Frente a la compañía afianzadora, el beneficiario tendrá el carácter de acreedor, como ya ha quedado establecido, y con respecto al fiado sólo existe una relación contractual de carácter laboral.

4.3.3 Fiado

Se le denomina deudor, en virtud de que si se llegara a hacer efectiva la reclamación presentada por el beneficiario, el fiado frente a la compañía tendría aquel carácter, toda vez que la institución fiadora pagó por él al beneficiario.

El fiado siempre será una persona física, en tal virtud, puede ser un obrero, un oficinista, un administrador, etc.

4.4 Objeto

4.4.1 Directo

La fianza de fidelidad garantizan las responsabilidades en que puedan incurrir uno o más empleados o trabajadores del beneficiario, cuyos nombres se determinan, en caso de que dichos empleados o trabajadores, por sí o en connivencia con otras personas, ajenas o no al propio beneficiario, cometan cualesquiera de los delitos antes mencionados de robo, fraude, peculado o abuso de confianza, en bienes propiedad del mismo beneficiario, o en bienes de cualquier naturaleza que a éste le hayan sido confiados y de los cuales sea legalmente responsable.

En cualquier fianza el fiador garantiza una obligación principal que es la que constituye la deuda ajena y en el caso específico de la fianza de fidelidad "esa deuda ajena es la responsabilidad pecuniaria que resulta por la comisión de un delito, la cual, de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y aplicable en materia federal en toda la República, es llamada reparación del daño y que tiene el carácter de una pena pública que únicamente puede ser impuesta por un juez, al autor del delito, atento a lo dispuesto por el artículo 21 de nuestra Constitución".⁴⁷

4.4.2 Indirecto

La fiadora se obliga a pagar al acreedor hasta una determinada cantidad, cualquier suma de dinero o valores que le pertenezcan o que tenga bajo su responsabilidad y de

⁴⁷Raúl Latapi Boyselle, *op. cit.*, Diciembre de 1965

cuya falta resultare culpable el fiado, precisando que es responsable la fiadora en los casos en que el fiado por sí, o en convivencia con otros, robe, defraude o cometa abuso de confianza o algún otro delito intencional contra la propiedad del acreedor o que éste le haya confiado, en los términos del Código Penal, mientras esté en el puesto que se haya estipulado en la propia fianza, o en cualquiera otro, previo aviso del acreedor y aceptación de la fiadora, en ambos casos por escrito.

4.5 Elementos de existencia

Para estar en aptitud de analizar los elementos de existencia, debemos acudir a las bases sentadas por el Derecho Civil, que regula la formación de contratos y convenios, la cual hemos establecido en capítulos anteriores.

4.5.1 Consentimiento

El consentimiento en esta fianza, que como ya hemos dicho es bastante peculiar, se otorga entre el beneficiario directo de la fianza y el fiador, aunque debemos señalar que en algunas ocasiones el propio fiado interviene para otorgarlo.

4.5.2 Objeto

Los doctrinarios establecen que el objeto directo es garantizar la obligación de reparar el daño, causada por la comisión de un delito sobre los bienes del beneficiario por el fiado la cual es ordenada en una sentencia penal que así lo

determine, debiendo analizar más profundamente en líneas posteriores estas aseveraciones.

El objeto indirecto es la entrega del numerario, que verifica el fiador al beneficiario, estipulado en la póliza para resarcirle los daños ocasionados por la ilícita y desleal conducta del fiado.

4.6 Requisitos de validez

4.6.1 Forma

La fianza debe constar por escrito en pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como los de ampliación, disminución, prórroga, avisos de aceptación y otros documentos de modificación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

4.6.2 Ausencia de vicios en la voluntad

Las partes contratantes deben de carecer de vicios en su manifestación de la voluntad.

4.6.3 Licitud en el objeto, motivo o fin

El objeto, motivo o fin, aparentemente es el de garantizar la obligación por

parte del fiado de reparar el daño causado por una conducta ilícita del mismo; decimos aparente por que desentrañaremos si es este su objeto o no.

4.6.4 Capacidad de las partes

Las partes deben poseer la capacidad de ejercicio para realizar el contrato de este tipo de fianza, además de que también analizaremos a las partes que intervienen en la celebración del mismo, ya que por costumbre intervienen el beneficiario de la fianza con la fiadora, para garantizar la "obligación" del fiado.

4.7 Procedimiento para hacer efectivo su importe

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece tres vías para exigir el importe de la póliza, las cuales debemos de analizar por separado.

4.7.1 Institución fiadora

En caso de reclamación contra una institución de fianzas, por responsabilidades derivadas de un contrato de fianza cuyos derechos y obligaciones consten en una póliza, deberá observarse lo siguiente:

El beneficiario requerirá por escrito a la institución el pago de la fianza, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios

para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

La institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. En este caso, el beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

Si la institución no hace uso del derecho a que se refiere el párrafo anterior, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario.

Una vez integrada la reclamación, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia.

Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación, podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo anteriormente señalado y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia.

El pago verificado después del plazo señalado, obliga a la institución a cubrir los intereses que señala el artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

4.7.2 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

El beneficiario presentará por escrito su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, del que se correrá traslado a la institución de que se trate, dentro de un plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que fue presentada la reclamación.

La institución dentro del término de diez días naturales, contados a partir de aquél en que reciba el traslado, rendirá un informe por escrito a la comisión en el que responderá en forma detallada respecto de todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, y podrá solicitar a la comisión que cite al fiado a la junta de avenencia, para lo cual proporcionará el domicilio que tuviere el fiado, o el de su representante legal en su caso.

La comisión citará a las partes y en su caso al fiado, a una junta de avenencia, que se realizará dentro de los veinte días naturales contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación; si por cualquier circunstancia la junta no puede celebrarse en la fecha indicada, se verificará dentro de los ocho días naturales siguientes.

En la junta a que se refiere el párrafo anterior, la institución efectuará el pago de la reclamación, si es que procede, o en su defecto, presentará el informe por conducto de un representante legítimo.

En el caso de que la institución no presente en tiempo y forma el informe, se sancionará con multa que impondrá la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por un monto equivalente a cincuenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Si no comparece el reclamante, se entenderá que no desea la conciliación. Si la que no comparece es la institución, se sancionará con multa que impondrá la comisión, por un monto equivalente a cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, y bajo este supuesto se volverá a citar a las partes hasta que acuda la institución. Si a partir de la segunda citación ésta no asiste, se le aplicará una multa equivalente a quinientas veces el salario mínimo por cada inasistencia.

En el supuesto de que sea el fiado el que no comparezca se desahogará la junta de avenencia.

En la junta de avenencia se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, y si esto no fuere posible, el reclamante podrá optar por designar arbitro a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento arbitral en amigable composición siempre y cuando así lo hubiere convenido expresamente con el fiado, el cual será obligatorio para la institución de fianzas, o bien hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes. Los derechos del reclamante se dejarán a salvo haciendo constar todo ello en el acta que al efecto levante la comisión debidamente firmada por los que en ella comparezcan.

Las delegaciones regionales de la comisión tramitarán el procedimiento conciliatorio y, en su caso, el procedimiento arbitral en amigable composición.

En el juicio arbitral, de manera breve y concisa, se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje.

La comisión resolverá en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a formalidades especiales pero observando las esenciales del procedimiento. Sólo se admitirá como único recurso el de revocación y la resolución únicamente admitirá aclaración de la misma, a instancia de parte, presentada dentro de los tres días siguientes al de la notificación.

Las notificaciones relativas al traslado de la reclamación, de la citación a la junta de avenencia, de la demanda y del laudo, deberán hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo y surtirán efecto al día siguiente de la notificación.

Los términos serán improrrogables y se computarán en días hábiles y las notificaciones que no sean personales se harán a las partes por medio de lista que se fijará en los estrados de la comisión o de la delegación regional correspondiente, y empezarán a surtir sus efectos al día siguiente de que sean fijadas.

· Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el procedimiento su curso y se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse.

La comisión tendrá la facultad de allegarse todos los elementos de juicio que estime necesarios para resolver las cuestiones que se le hayan sometido en arbitraje y las autoridades administrativas, así como los tribunales, deberán auxiliarle, en la esfera de su competencia. Para tales efectos, podrá valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero sin más limitaciones que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

El laudo que se dicte sólo admitirá como medio de defensa, el juicio de amparo.

El incumplimiento por parte de la institución de fianzas a los acuerdos y resoluciones dictados por la comisión, en los procedimientos establecidos en el presente artículo, se castigará con multa administrativa que impondrá la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, de cincuenta a cien veces el salario mínimo vigente.

El laudo que condene a una institución de fianzas, le otorgará para su cumplimiento un plazo de quince días hábiles siguientes a su notificación; si no lo efectuare, la comisión impondrá a la empresa una multa hasta por el importe de lo condenado.

Corresponde a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la ejecución del laudo que se pronuncie, para lo cual concederá a la institución de que se trate, un plazo de cinco días para que lo cumpla y, en el caso de que no compruebe haberlo cumplimentado, la propia comisión ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición del reclamante.

A solicitud de la institución de fianzas, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le girará oficio al fiado para que dentro del término que le señale en atención al interés jurídico que le corresponde expresar personalmente o mediante escrito dirigido a la propia comisión lo que a sus intereses convenga, en atención y para los efectos de lo dispuesto por el artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como su interés o no de asistir a la junta de avenencia y, en su caso, de ser necesario a designar árbitro a la citada comisión.

Igualmente, a solicitud de la institución de fianzas, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le girará oficio al fiado para que dentro del término que le señale en atención al interés jurídico que le corresponde, exprese personalmente o mediante escrito dirigido a la propia comisión lo que a sus intereses convenga, en atención y para los efectos de lo dispuesto por el artículo 118 bis de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, así como su interés o no de asistir a la junta de avenencia y, en su caso, de ser necesario a designar árbitro al citado organismo.

4.7.3 Tribunales Jurisdiccionales

Los juicios contra las instituciones de fianza se substanciarán conforme a las siguientes reglas:

Se emplazará a la institución y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en un plazo de cinco días, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia.

Se concederá un término ordinario de prueba por diez días, transcurrido el cual actor y demandado sucesivamente, gozaran de un plazo de tres días para alegar por escrito.

El tribunal o juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Contra las sentencias dictadas en estos juicios, procederá el recurso de apelación en ambos efectos. Contra las demás resoluciones, procederán los recursos que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, conforme a las siguientes reglas:

a) tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la comisión dentro de los diez días siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de las setenta y dos horas siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca del juicio, y

b) Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas determinará los bienes de la institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones para las que se ordenó el embargo. La misma comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes.

El Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de las reglas procesales establecidas y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establece el propio código.

CAPITULO V

EL SEGURO

5.1 Concepto

Vázquez del Mercado señala que el contrato de seguros es "la relación jurídica en virtud de la cual la empresa aseguradora, contra el pago de una prima, se obliga a relevar al asegurado, en los términos convenidos de las consecuencias de un evento dañoso e incierto".⁴⁸

5.1.1 El riesgo

Es "el evento posible e incierto, de existencia objetiva, previsto en el contrato, de cuya realización depende el vencimiento de la obligación, establecida en el contrato a cargo del asegurador, para atender a la necesidad económica del asegurado".⁴⁹

5.1.2 El siniestro

Es la verificación del riesgo, materia del contrato del seguro; realizado este, el beneficiario o asegurado, tan pronto tenga conocimiento de ello deberá comunicarlo a la empresa aseguradora, salvo disposición en contrario el

⁴⁸Oscar Vázquez del Mercado, op. cit., 214

⁴⁹Joaquín Rodríguez Rodríguez, op. cit., p. 140

asegurado contará con un término de cinco días para notificar por escrito a la empresa.

Si el asegurado o el beneficiario no cumplen con la obligación de avisar la realización del siniestro a la empresa aseguradora, ésta podrá reducir la prestación debida hasta la suma que había importado si el aviso se hubiere dado oportunamente, y en el caso de que la omisión del aviso haya tenido por objeto impedir que se comprueben oportunamente las circunstancias del siniestro, la empresa aseguradora quedará desligada de todas las obligaciones derivadas del contrato.

La empresa aseguradora tendrá el derecho de exigir del asegurado o beneficiario toda clase de informes y documentos sobre los hechos relacionados con el siniestro, y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias de los mismos.

Si la empresa aseguradora demuestra que el asegurado demuestra que el asegurado, el beneficiario o los representantes de ellos, con el fin de hacerla incurrir en error, disimularon o declararon inexactamente hechos que excluyan o puedan restringir sus obligaciones, éstas quedarán extinguidas.

5.1.3 La indemnización

Esta "es el importe del daño que la empresa aseguradora debe

resarcir al ocurrir el siniestro o la suma de dinero que debe pagar al verificarse el mismo".⁵⁰

5.2 Naturaleza jurídica

El contrato de seguro es mercantil en razón a lo dispuesto por el Código de Comercio, el cual en el artículo 75 fracción XVI, señala que son actos de comercio todos los contratos de seguro de toda especie, siempre que sean hechos por empresas.

Como sólo las empresas que se organicen y funcionen como instituciones de seguros pueden contratar el seguro, dado que se prohíbe a toda persona física o moral que no sea institución de seguros autorizada para hacerlo, el contrato únicamente puede ser mercantil, ya que no puede realizarse por nadie que no sea en función de empresa.

5.3 Elementos personales

Como en toda relación jurídica en el contrato de seguro encontramos el elemento subjetivo, esto es, las partes, interviniendo dos elementos personales que son la empresa aseguradora y el contratante del seguro, también conocido como beneficiario, tomador o asegurado.

⁵⁰Omar Olvera de Luna, *op. cit.*, p. 333

5.3.1 Asegurador

Este únicamente puede ser una institución autorizada por el gobierno, en los términos que la Ley General de Instituciones de Seguros lo señala. Lo que se confirma en el artículo 2º de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que señala a su vez, que las empresas de seguro sólo podrán organizarse y funcionar de conformidad con la ley indicada.

Solamente una sociedad anónima puede ser institución de seguros, lo que implica una peculiaridad en el asegurador. Estas sociedades deberán constituirse con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, como lo ordena el artículo 29 de la Ley General de Instituciones de Seguros.

5.3.2 Asegurado

El otro elemento subjetivo del contrato de seguro, es el asegurado, o sea, quien queda protegido por que se cubre el riesgo al celebrarse el contrato.

El contratante puede ser y generalmente es el titular de la prestación a que se obliga el asegurador, por ser el titular del interés asegurado; sin embargo en el contrato de seguro, la persona que contrata con el asegurador, no necesariamente es el titular de los derechos que dimanar del contrato.

5.4 Objeto

5.4.1 Directo

La propia definición del seguro nos establece cual es el objeto directo del seguro al señalar que la empresa aseguradora se obliga a relevar al asegurado, en los términos convenidos, de las consecuencias de un evento dañoso e incierto, por ende la institución aseguradora asume un riesgo; aunque Olvera de Luna diverge de esta opinión al afirmar que: "no puede decirse que en realidad su función sea la de asumir riesgos, sino la de compensarlos".⁵¹

5.4.2 Indirecto

Olvera de Luna afirmaba que la función de la institución de seguros era de compensar un riesgo, lo cual es erróneo, toda vez que esta compensación que señala es el objeto indirecto del contrato de seguro, en virtud de que la institución aseguradora al producirse el siniestro debe de compensar los daños sufridos por el asegurado, cuando así proceda, ejemplo seguro de vida o gastos médicos, o volverlo al estado que tenían las cosas antes de producirse el siniestro, verbigracia, la reparación de un automóvil por un accidente de tránsito.


⁵¹Omar Olvera de Luna, *op. cit.*, p. 229

CAPITULO VI

ANALISIS JURIDICO DE LA POLIZA DE FIANZA DE FIDELIDAD


**POLIZA INDIVIDUAL
DE FIDELIDAD**

FIANZA No.

MARGEN LEGAL	PUBLICADO EL	FECHA DE EXPIRACION	MONTO	PRIMA
\$	____ DIA ____ MES ____ AÑO	____ DIA ____ MES ____ AÑO	\$	\$
DEL	VIGENCIA		AL	
____ DIA ____ MES ____ AÑO	____ DIA ____ MES ____ AÑO		10405	
FIANZAS MEXICO, S.A., que en el suceso se denominó "LA COMPAÑIA" se constituye fiadora ante				
a quien en adelante se designará como "EL BENEFICIARIO", hasta por la suma de				
por las responsabilidades que puedan resultar a				
quien en lo sucesivo se denominará como "EL FIADO" en su puesto de				
y cuyas responsabilidades se derivan de que dicha persona por sí o en connivencia con otras personas ajenas o no a "EL BENEFICIARIO", cometa cualesquiera de los delitos de robo, estafa, fraude, peculado o abuso de confianza en bienes propiedad de "EL BENEFICIARIO" o en bienes de cualquier naturaleza que a éste le hayan sido confiados y de los cuales sea legítimamente responsable.				
 FIANZAS MEXICO				
CLAUSULAS				
PRIMERA. "EL BENEFICIARIO" responde de la veracidad de los datos proporcionados por él o en su nombre, ya sea en el contrato solicited o en cualquier otro documento y es, asimismo, responsable de la observancia del sistema de control interno que para su funcionamiento haya declarado vigente en su empresa al momento de entrar en vigor la presente fianza, con las adiciones o modificaciones que posteriormente se adopten y que hará oportunamente del conocimiento de "LA COMPAÑIA", por escrito.				
MONTO DE LA FIANZA				
SEGUNDA. Esta fianza no excederá en ningún caso, sean cuales fueren sus prolepsis de la suma expresada en esta póliza, por las responsabilidades que pudieran resultar a cargo de "EL FIADO", por una o más pérdidas y no se acumulan.				
Si "EL BENEFICIARIO" solicita aumento del monto, sólo podrá efectuarlo cuando "LA COMPAÑIA" de su consentimiento por escrito.				
AVISO Y RECLAMACIONES				
TERCERA. Para que "LA COMPAÑIA" cubra a "EL BENEFICIARIO" las responsabilidades que, conforme a los términos y condiciones de esta fianza sean a su cargo, se requiere:				
a) Que la pérdida de que sea responsable "EL FIADO" según esta póliza, ocurra durante la vigencia de la misma y se descubra a más tardar dentro de los sesenta días naturales, inmediatamente siguientes a su terminación y que "EL BENEFICIARIO" de aviso por escrito de dicha pérdida a "LA COMPAÑIA", por la vía o conducto más rápido, en sus oficinas principales de la Ciudad de México, D.F., o sus sucursales dentro de los diez días naturales inmediatamente siguientes al descubrimiento.				
b) Que la reclamación, si la hubiere, la presente "EL BENEFICIARIO" por escrito a "LA COMPAÑIA" en sus oficinas principales o sus sucursales, dentro de los sesenta días naturales inmediatamente siguientes a la fecha en que se presente el evento antes mencionado, especificando las pérdidas y fechas de las pérdidas y proponiendo los elementos comprobatorios de las mismas, para lo cual "LA COMPAÑIA" tendrá derecho a inspeccionar los libros, cuentas y documentos que tengan relación con la responsabilidad que se reclama.				
c) Que si los actos de "EL FIADO" dieran motivo para que "EL BENEFICIARIO" formule reclamación a "LA COMPAÑIA" en virtud de esta fianza, "EL BENEFICIARIO" presente desde luego, la denuncia o querrela, según el caso, contra "EL FIADO", pasando a disposición de la autoridad los elementos que conducen a la comprobación del monto de la responsabilidad imputada, haciendo en su caso, la ratificación de la querrela ante las autoridades competentes, "EL BENEFICIARIO" deberá asimismo proceder o, en su caso, intervenir con toda diligencia, en la averiguación respectiva y de solicitarlo por escrito "LA COMPAÑIA", también en el proceso correspondiente.				
d) Que "EL BENEFICIARIO" entregue a "LA COMPAÑIA" copia certificada de la denuncia o querrela con la correspondiente ratificación de ésta última ante la autoridad respectiva.				
e) Que el delito se haya cometido mientras "EL FIADO" desempeñare el puesto, cargo, empleo o funciones indicados el principio de esta póliza, u otro destino, siempre que "EL BENEFICIARIO" hubiere dado aviso por escrito de este cambio a "LA COMPAÑIA" y ésta lo hubiere aceptado expresamente.				
f) Que "EL BENEFICIARIO" haya pagado a "LA COMPAÑIA" la prima correspondiente.				
TERMINOS DE PAGO Y CADUCIDAD.				
CUARTA. "LA COMPAÑIA" dispondrá de un plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que "EL BENEFICIARIO" dé cumplimiento				

a lo establecido en la Cláusula que antecede, para verificar la comprobación de la pérdida y efectuar el pago, mientras tanto, "EL BENEFICIARIO" no podrá ejercitar ninguna acción o procedimiento contra "LA COMPAÑÍA", con motivo de la reclamación, ni tampoco transcurrido un plazo de dos meses, contado a partir de la fecha en que "LA COMPAÑÍA" haya recibido la reclamación correspondiente, sin que "EL BENEFICIARIO" haya cumplido con la obligación en la Cláusula anterior.

QUINTA

Los gastos y honorarios citados hasta la presentación de la denuncia a quehaca, con la ratificación de ésta y la comprobación de la responsabilidad penal imputada en ellas, serán por cuenta exclusiva de "EL BENEFICIARIO". Los posteriores serán a cargo de "EL BENEFICIARIO" y de "LA COMPAÑÍA" en proporción a sus respectivos daños, siempre que esta última haya solicitado por escrito la continuación de los procedimientos judiciales. Se considerará como daño para "LA COMPAÑÍA", el monto de la cantidad que conforme a esta fianza hubiera pagado o hubiera que pagar a "EL BENEFICIARIO".

SEXTA

La solicitud, por escrito, de "LA COMPAÑÍA", "EL BENEFICIARIO" dirigirá a la persona o personas que aquélla designe al mandato suficiente, para que, en su representación prostan e intervengan en los procedimientos judiciales posteriores a la denuncia o ratificación de la quehaca, según el caso, estando obligado "EL BENEFICIARIO" a proporcionar los elementos probatorios de la responsabilidad imputada.

SEPTIMA

Independientemente de las responsabilidades no empadadas por esta fianza conforme al cláusulado de la misma, quedan expresamente excluidas las de:

- Hechos delictivos de "EL FIADO" ocurridos antes o después de la vigencia de esta fianza.
- Aplicaciones hechas por "el beneficiario" o por "EL FIADO", para cubrir adeudos o desfalcos preexistentes.
- Créditos de cualquier naturaleza que "EL BENEFICIARIO" o un tercero hayan concedido a "EL FIADO".
- El uso de tarjetas de crédito.
- Prácticas ocasionadas por "EL FIADO" que desempeña labores de contabilidad, conjuntamente con manejo de fondos, o que, como custodio permanente de documentos por cobrar, sea a la vez receptor de los fondos o valores producto de los mismos y, también si el fiado es el encargado de elaborar los nóminas o letras de raya, y si su vez pagador de las mismas.
- Desaparecidos que no puedan atribuirse ni probarse a cargo de "EL FIADO".

OCTAVA

Las recuperaciones que obtengan "EL BENEFICIARIO" o "LA COMPAÑÍA", se aplicarán a ambas, en proporción a sus respectivos daños. Igual procedimiento se observará en cuanto a los gastos efectivos y directamente erogados para obtenerlas, ampliaciones por costas, el concepto expresa de en la Cláusula Quinta, en la inteligencia de que si el pago estuviera pendiente de hacerse por "LA COMPAÑÍA", la recuperación disminuirá proporcionalmente al monto de su responsabilidad. Si el importe de las responsabilidades a cargo de "EL FIADO", fuere igual o menor al importe de la caución, las cantidades o valores que se recuperen se aplicarán a favor de "LA COMPAÑÍA".

NOVENA

"EL BENEFICIARIO" se obliga a pagar a "LA COMPAÑÍA" en el domicilio de esta última, por concepto de prima anual y por adelantado, la cantidad expresada en esta póliza.

Si "LA COMPAÑÍA" diere por terminada anticipadamente la presente fianza, devolverá a "EL BENEFICIARIO" la prima proporcional, no devengada.

Si la terminación anticipada la pide "EL BENEFICIARIO", éste tendrá derecho a devolución de prima por el equivalente al 50% y 20% del importe de la prima inicial o de la que correspondiera a utlitarlos prórrogas, según haya estado en vigor la fianza hasta por tres o seis meses, respectivamente, transcurridos un semestre de vigencia, no habrá lugar a devolución alguna. Asimismo, no habrá devolución alguna de prima en caso de que "LA COMPAÑÍA" hubiere pagado por "EL FIADO" alguna cantidad a "EL BENEFICIARIO", en cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta fianza.

En ningún caso de devolución de prima, se comprenderá al Derecho Legal y los Gastos de Expedición.

DECIMA

La vigencia de esta fianza es la que se indica en esta póliza, pudiendo ser prorrogada cuantas veces fuere necesario, si así lo conviniere "EL BENEFICIARIO" y "LA COMPAÑÍA", mediante la expedición por "LA COMPAÑÍA" del documento de prórroga respectivo.

DECIMA PRIMERA

- La presente fianza terminará en los siguientes casos:
- Mediante aviso dado por escrito por "LA COMPAÑÍA" o "EL BENEFICIARIO" con quince días de anticipación, sin necesidad de expresión de causa.
 - En la fecha en que termine o se rescinda el contrato de trabajo de "EL FIADO".
 - En la fecha de decubrimiento por "EL BENEFICIARIO", ya sea de alguna pérdida empadada en los términos de esta póliza o de falta de honradez de "EL FIADO", aún cuando los intereses de "EL BENEFICIARIO" no resulten lesionados con motivo de dicha falta.
 - Mediante aviso dado por escrito por "EL BENEFICIARIO" a "LA COMPAÑÍA", en el que se indique la fecha de terminación, que en ningún caso podrá ser retroactiva.
 - En los demás casos que determine esta póliza.

DECIMA SEGUNDA

Si "EL FIADO" retuviere caucionado a favor de "EL BENEFICIARIO" de la presente, por otra u otras Compañías cuyas pólizas o pólizas hayan sido expedidas, ya sea en la misma fecha o bien antes o después de la presente "EL BENEFICIARIO" está obligado a comunicárselo por escrito a "LA COMPAÑÍA" si "EL BENEFICIARIO" omite el aviso de que trata esta Cláusula, "LA COMPAÑÍA" quedará liberada de las obligaciones que sea-ma conforme a esta fianza.

FIANZA MEXICO, S.A., de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no goza de los beneficios de orden y ejecución consagrados en los artículos 2814 y 2815 del código Civil del Distrito Federal vigente, y ambos contratantes convienen en someterse a las autoridades judiciales competentes ubicadas en la Delegación Política de la Ciudad de México, correspondientes al domicilio de "LA COMPAÑÍA", para todo lo que se relacione con la presente póliza de fianza, renunciando a cualquier otro fuero de domicilio si quisieran tener derecho, sin embargo, que de a elección de "LA COMPAÑÍA" acuda a las autoridades judiciales del domicilio de "EL BENEFICIARIO", cuando lo requiera convenientemente. En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se expide la presente póliza, como testimonio del contrato celebrado.

De la anterior póliza tomaremos las cláusulas que sirven de base para la elaboración de esta obra jurídica, las cuales a continuación se señalan.

CLAUSULAS

PRIMERA.- "EL BENEFICIARIO" responde de la veracidad de los datos proporcionados por él o en su nombre, ya sea en el contrato solicitud o en cualquier otro documento y es, asimismo, responsable de la observancia del sistema de control interno que para su funcionamiento haya declarado vigente en su empresa al momento de entrar en vigor la presente fianza, con las adiciones o modificaciones que posteriormente se adopten y que hará oportunamente del conocimiento de "LA COMPAÑIA", por escrito.

Desprendiéndose que quien contrata esta fianza es el beneficiario, sin la intervención del fiado, a lo cual en un estudio sin publicar se señala que es muy frecuente que el propio beneficiario sea el interesado directo y contrate en su favor con la afianzadora como es el caso de la fianza de fidelidad. Más aún, puede suceder que el solicitante sea un extraño y que en la constitución de la fianza para nada intervenga el fiado, en este caso aunque el fiado resulta ajeno a la relación (solicitante y afianzadora), de acuerdo con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas tiene el carácter de obligado frente a la afianzadora según lo dispone expresamente su artículo 96, al darle acción a éste para exigirle a todos o separadamente el pago de la reclamación tanto al solicitante, al fiado y a los contrafiadores.

Por lo que es manifiesto que los efectos de ella desprendida en contra del fiado, quien no interviene en la celebración del "contrato" violan los lineamiento establecidos por el Derecho Común, y por ende este contrato es inexistente de conformidad con lo establecido por el numeral 1794 que exige para la existencia de un contrato como elemento del mismo, el consentimiento de las partes.

Sin embargo diversos estudiosos han tratado de justificar la ausencia de la voluntad del fiado al señalar que se trata de un contrato con una obligación a cargo de un tercero, lo cual se encuentra fuera de toda lógica jurídica, toda vez que el pacto poenam ipse promiserit o promesa de porte fort es el convenio en el cual una persona se obliga para con otra, a obtener la voluntad de un tercero, para la celebración de un acto jurídico, y si no la obtiene a pagar una pena.

Este convenio se encuentra establecido en el artículo 1841, segundo párrafo, del código sustantivo civil, el cual establece que: "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquel. Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona".

En cuanto a lo establecido por el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual ordena que: "el documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza

y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios. La certificación a que se refiere el párrafo anterior, hará fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario".

La violación de garantías solamente pueden realizarse por entes del Estado, sin embargo de facto los particulares también cometen violaciones a las garantías consagradas por nuestra Carta Magna, denominándoseles a éstas delitos.

Por ende el ejercicio de cualquier acción con base en el multicitado documento resulta ser violatorio de garantías, e inclusive la comisión de un delito; en virtud de que el artículo 14 Constitucional, párrafo in fine, ordena: "...en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho...", y como ha quedado señalado que la falta de uno de los elementos de existencia del contrato de fianza de fidelidad, produce la inexistencia del contrato y por ello se aparta de los lineamientos exigidos por el Derecho Civil, en el código sustantivo para el Distrito Federal, que es aplicable a las disposiciones mercantiles.

Concordando esta opinión con lo expuesto por Ignacio Burgoa, quien señala: "el acto de autoridad condicionado por la expresada garantía de legalidad es la sentencia definitiva, o sea la resolución jurisdiccional que dirima el conflicto jurídico substancial o fundamental en un juicio. Sin embargo, por extensión jurisprudencial, revelada en multitud de casos concretos cuyas ejecutorias sería prolijo mencionar, la Suprema

Corte ha reputado como actos procesales condicionados por la citada garantía no sólo a los fallos de fondos, sino a las decisiones interlocutorias y demás autos o proveídos en un juicio. Es más, tal extensividad se deriva del principio de legalidad genérico, en el sentido de que todo acto de autoridad y, por tanto, toda resolución judicial, aunque no sea sentencia definitiva, debe fundarse en la norma jurídica aplicable".³²

Por lo que al violar lo ya expuesto el Código Penal en su artículo 225 señala que son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, los siguientes:

VI. Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias las actuaciones seguidas en un juicio..."

Ese precepto penal es aplicable al juez del conocimiento de la controversia que se ventile, debido a que por el hecho de ser un juzgador, además de ser perito en la materia, es una persona que tiene un conocimiento especializado y por ello conoce las normas de la materia y aquél no puede aducir que desconocía que el contrato violaba las normas del Derecho Común, además que no se encontraba expresado el consentimiento del fiado.

AVISOS Y RECLAMACIONES

³²Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, p. 579

TERCERA.- Para que "LA COMPAÑIA" cubra a "EL BENEFICIARIO" las responsabilidades que conforme a los términos y condiciones de esta fianza sean a su cargo, se requiere:

a) Que la pérdida de que sea responsable "EL FIADO" según esta póliza, ocurra durante la vigencia de la misma y se descubra a más tardar dentro de los sesenta días naturales, inmediatamente siguientes a su terminación y que "EL BENEFICIARIO" dé aviso por escrito de dicha pérdida a "LA COMPAÑIA", por la vía o conducto más rápido, en sus oficinas principales de la Ciudad de México, D. F., o sus sucursales dentro de los diez días naturales inmediatamente siguientes al descubrimiento.

b) Que la reclamación, si la hubiere, la presente "EL BENEFICIARIO" por escrito a "LA COMPAÑIA" en sus oficinas principales o sus sucursales dentro de los treinta días naturales inmediatamente siguientes a la fecha en que se presente el aviso antes mencionado, especificando las partidas y fechas de las pérdidas y proporcionando los elementos comprobatorios de las mismas, para lo cual "LA COMPAÑIA" tendrá derecho a inspeccionar los libros, cuentas y documentos que tengan relación con la responsabilidad que se reclama.

c) Que si los actos de "EL FIADO" dieran motivo para que "EL BENEFICIARIO" formule reclamación a "LA COMPAÑIA" en virtud de esta fianza, "EL BENEFICIARIO" presente desde luego, la denuncia o querrela, según el caso, contra "EL FIADO", poniendo a disposición de la autoridad los elementos que conduzcan a la comprobación del monto de la responsabilidad imputada, haciendo en su caso, la ratificación de la querrela ante las autoridades competentes. "EL BENEFICIARIO"

deberá asimismo proceder, en su caso, intervenir con toda diligencia, en la averiguación respectiva y de solicitarlo por escrito "LA COMPAÑIA", también en el proceso correspondiente.

d) Que "EL BENEFICIARIO" entregue a "LA COMPAÑIA" copia certificada de la denuncia o querella con la correspondiente ratificación de esta última ante la autoridad respectiva.

e) Que el delito se haya cometido mientras "EL FIADO" desempeñare el puesto, cargo, empleo o funciones indicados al principio de esta póliza, u otro distinto, siempre que "EL BENEFICIARIO" hubiere dado aviso por escrito de este cambio a "LA COMPAÑIA" y ésta lo hubiere aceptado expresamente.

f) Que "EL BENEFICIARIO" haya pagado a "LA COMPAÑIA" la prima correspondiente.

De esta cláusula se observa que los requisitos para que la institución fiadora realice el pago al beneficiario son que este presente su reclamación, anexando los elementos comprobatorios de las pérdidas, presente la denuncia o querella, ésta última ratificada, debidamente certificada por las autoridades competentes, debiendo proporcionara a éstas los elementos que acrediten el monto de la responsabilidad imputada, debiendo asimismo intervenir en la averiguación previa y, en su caso, de solicitarlo por escrito la compañía en el proceso respectivo.

En el citado estudio establece que aún cuando la obligación garantizada por la fianza de fidelidad es la reparación del daño causado por el delito de infidelidad patrimonial, obligación que se determina hasta el momento en que existe sentencia firme que condena al fiado a la reparación del daño, sin embargo es costumbre plenamente aceptada en la práctica por las afianzadoras, hacer pago de la fianza antes de la realización de tal supuesto si el delito, responsabilidad y los daños causados se comprueban fehacientemente.

Lo anterior es claro porque ya en la practica el texto de las pólizas no se encuentra condicionado a la existencia de la sentencia firme, sino que se fija expresamente como condición de exigibilidad, sólo la comprobación fehaciente del delito, la responsabilidad y el daño patrimonial causado.

El artículo 16 Constitucional establece en su párrafo segundo que: "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Por su parte Colín Sánchez, afirma que "para la válida promoción de la acción penal deberán darse los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho reputado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física, que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; que lo dicho por el denunciante o querrellante

esté apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado".⁵³

Debido a lo anterior en el periodo denominado como de preparación de la acción penal, también conocido técnicamente como de averiguación previa no se puede acreditar fehacientemente los elementos del delito y la responsabilidad del indiciado, ya que nuestra Carta Magna establece que se acrediten los elementos integrantes del tipo penal y la presunta responsabilidad, ya que de lo contrario se estaría prejuzgando y por ende violándose nuestra propia Constitución.

Coligado a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el sentido de que con la certificación del pago hecho por la empresa fiadora de la verificación del pago correspondiente al beneficiario posee el carácter de ejecutivo, y en este supuesto, además de insistir que el fiado no interviene en la celebración de la fianza, debemos expresar la actividad de la institución fiadora para recuperar lo que ella ha pagado, con el título ejecutivo, aquella ejercita su acción contra el fiado, aún cuando no ha sido resuelta la causa incoada en contra del fiado por el delito patrimonial y con ello se viola lo dispuesto por el numeral 14 de nuestra Constitución el cual en su párrafo ordena: "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"; prejuzgándose al fiado sin haberse agotado la garantía de audiencia.

⁵³Guillermo Collín Sánchez, Derecho mexicano de procedimientos penales, p. 235

Al respecto Raúl Latapi establece que "puede darse el caso de que en la sentencia que se dicte contra un reo, se le condene únicamente a una pena privativa de libertad y se le absuelva de la reparación del daño. Igualmente, puede darse el caso de que se dicte auto de formal prisión, pero en la sentencia se le absuelva del delito imputado. En ambos casos, la obligación principal garantizada por una fianza de fidelidad, o sea la reparación del daño (sanción pecuniaria que se impone por un juez, como pena pública) no llega a nacer. O también puede darse el caso que en la sentencia se condene al fiado a pagar por concepto de reparación del daño una cantidad menor a la reclamada por el beneficiario y entonces la fiadora no estará obligada a cubrir sino únicamente la suma fijada por el juez".³⁴

Con lo que nos confrontamos con un conflicto que no ha sido observado por los estudiosos de la institución de fianza, ya que si basta para cubrir al beneficiario de los daños sufridos en su patrimonio por un empleado infiel, la simple copia certificada de la denuncia o querrela, debidamente ratificada, como lo han señalado que se acepta entre las afianzadoras este hecho y como se demuestra de la póliza de fianza que aquí se observa, el pago de dicho daño puede ser menor del cual pudiera condenar el juez penal, o inclusive, no condenar a la reparación del daño, o simplemente absolver en la sentencia al acusado que en esa etapa procesal se conocerá como sentenciado, produciéndose un conflicto con el beneficiario por el pago de lo indebido.

Aunado a todo lo anterior la afianzadora pretende convertirse en un órgano jurisdiccional, manifestándole al beneficiario que deberá intervenir en el proceso respectivo a una petición por escrito de aquella, olvidándose o desconociendo que con su anuencia o sin ella el beneficiario deberá intervenir, por ser el mismo quien formuló

³⁴Raúl Latapi Boysselle, *op. cit.*, Diciembre de 1965

la denuncia o querrela, y a petición, ya sea del Agente del Ministerio Público, de la Defensa, o con las facultades que el juez posee para allegarse de los elementos de convicción y obtener la verdad que se busca.

Con las disposiciones contenidas en esta fianza podremos formular un análisis más completo de esta figura, afirmando Gómez Cantú que "se equiparó en forma absoluta la fianza con el seguro con base en la técnica de la distribución del riesgo que se suponía regía ambos institutos".⁵⁵

El mismo autor sigue refiriéndose que en Estados Unidos se practica con el nombre de fidelity bond el seguro contra la infidelidad patrimonial, aquel la jurisprudencia uniformemente ha establecido que no es una fianza, sino un seguro, porque no garantiza el pago de la deuda del empleado infiel, sino el resarcimiento del daño que el patrón (asegurado) sufra a consecuencia de los actos de infidelidad patrimonial, independientemente de su naturaleza delictual o no.

Esta póliza de fianza, la cual sujetamos a este análisis jurídico, posee los mismos lineamientos del seguro de infidelidad, en virtud de que el pago se realiza, sin existir ningún tipo de obligación, sino verificado el hecho delictuoso y presentada la correspondiente denuncia o querrela, según sea el caso, debido a que se conforma asumiendo los riesgos de la conducta de una persona.

Dejando de lado el objeto de la misma en otra fianza que debe ser analizada.

⁵⁵ Alejandro Gómez Cantú, Revista Mexicana de Fianzas, No. 3, Marzo de 1965

AVISO Y RECLAMACIONES

TERCERA. Para que "LA COMPAÑÍA" cubra a "EL BENEFICIARIO" las responsabilidades que, conforme a los términos y condiciones de esta fianza sean a su cargo, se requiere:

a) Que la pérdida de que sea responsable cualquier empleado caucionado según esta póliza, ocurra durante la vigencia de la misma y se descubra a más tardar, dentro de los sesenta días inmediatamente siguientes a su terminación total o individual y que "EL BENEFICIARIO" dé aviso por escrito de dicha pérdida a "LA COMPAÑÍA" por la vía o conducto más rápido, en sus oficinas principales de la Ciudad de México, D.F., dentro de los diez días inmediatamente siguientes al descubrimiento.

b) Que la reclamación, si la hubiere, la presente "EL BENEFICIARIO" por escrito a "LA COMPAÑÍA" en sus oficinas principales, dentro de los treinta días inmediatamente siguientes a la fecha en que se presente el aviso antes mencionado, especificando las partidas y fechas de las pérdidas, y proporcionando los elementos comprobatorios de las mismas, para lo cual "LA COMPAÑÍA" tendrá derecho a inspeccionar los libros, cuentas y documentos que tengan relación con la responsabilidad que se reclama.

c) Que si los actos de cualquier empleado dieran motivo para que "EL BENEFICIARIO" formule reclamación a "LA COMPAÑÍA" en virtud de esta fianza, "EL BENEFICIARIO" presente desde luego la denuncia o querrela, según el caso, contra dicho empleado, integrándola debidamente con los elementos que conducen a la comprobación del monto de la responsabilidad imputada y haciendo, en su caso, la ratificación de la querrela ante las autoridades competentes. "EL BENEFICIARIO" deberá asimismo proceder o, en su caso, intervenir con toda diligencia, en la averiguación respectiva y en el proceso correspondiente.

d) Que "EL BENEFICIARIO" entregue a "LA COMPAÑÍA" copia certificada de la denuncia o querrela con la correspondiente ratificación de esta última ante la autoridad respectiva, así como copia certificada de la sentencia firme que condene al fado por el delito cometido y fije el monto de la reparación del daño.

e) Que "EL BENEFICIARIO" haya pagado a "LA COMPAÑÍA" la prima correspondiente.

Especialmente, "LA COMPAÑÍA" podrá exigir por escrito a "EL BENEFICIARIO", de los requisitos establecidos en los incisos c) y d) de esta Cláusula cuando lo juzgue conveniente.

TERMINO DE PAGO Y CADUCIDAD

CUARTA. "LA COMPAÑÍA" dispondrá de un plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que "EL BENEFICIARIO" le entregue la copia certificada de la sentencia firme que establece la Cláusula que antecede, para comprobar la obligación principal garantizada, así como el monto y efectuar el pago.

Sin embargo, aún cuando no hubiera sentencia firme, el fadado podrá pagar anticipadamente la probable responsabilidad del fado o de los fadados culpables; pero en ese caso el pago hecho no quedará firme, sino que estará condicionado a que la sentencia firme sea condicional.

Del monto a pagar de la reclamación, se disminuirá al 10% por concepto de "deducción", a cargo de "EL BENEFICIARIO".

GASTOS

QUINTA. Los gastos y honorarios causados por la presentación de la denuncia o querrela, la ratificación de ésta y la comprobación de la responsabilidad penal imputada en ella y hasta la obtención de la sentencia a que se refiere el inciso d) de la Cláusula Tercera, en cualquier caso serán por cuenta exclusiva de "EL BENEFICIARIO". Sin embargo si "LA COMPAÑÍA" hace uso del derecho que le concede la Cláusula Sexta, los gastos no pagarán en proporción a los respectivos daños.

Se considerará como daño para "LA COMPAÑÍA" el monto de las cantidades que conforme a esta fianza hubiera pagado o le merezca pagar a "EL BENEFICIARIO".

FACULTAD PARA DESIGNAR ABOGADO

SEXTA. A solicitud por escrito de "LA COMPAÑÍA", "EL BENEFICIARIO" otorgará a la persona o personas que aquélla designe, el mandato suficiente para que, en su representación, promueva e intervenga en los procedimientos judiciales, posteriores a la denuncia o ratificación de la querrela, según el caso, estando obligado "EL BENEFICIARIO" a proporcionar los elementos probatorios de la responsabilidad imputada.

RESPONSABILIDADES FUERA DE LA FIANZA

SEPTIMA. Independientemente de las responsabilidades no amparadas por esta fianza conforme al denunciado de la misma, quedan expresamente excluidas las deudas de:

- Hechos delictivos del empleado ocurridos antes o después de la vigencia de su caución.
- Aplicaciones hechas por "EL BENEFICIARIO" o por el empleado infiel, para cubrir créditos o deudas preexistentes al hito de la caución.
- Créditos de cualquier naturaleza que "EL BENEFICIARIO" o un tercero hayan concedido al empleado.
- El uso de tarjetas de crédito.

e) Pérdidas ocasionadas por empleado que desempeñan labores de contabilidad conjuntamente con manejo de fondos o de aquellos que, como custodios permanentes de documentos por cobrar, sean a la vez recibidores de los fondos o valores producto de los mismos y también de aquellos empleados que como encargados de elaborar las nóminas o listas de raya, sean a su vez pagadores de las mismas y,

f) Desapercibidos intencionales.

RECUPERACIONES

OCTAVA. Las recuperaciones que obtengan "EL BENEFICIARIO" o "LA COMPAÑIA" se aplicarán a ambos en proporción a sus respectivos daños, entendiéndose por daño el concepto expresado en la Cláusula Quinta, en la inteligencia de que si el pago estuviera pendiente de hacerse por "LA COMPAÑIA", la recuperación disminuirá proporcionalmente al monto de su responsabilidad.

Igual procedimiento se observará en cuarto a los gastos efectivos y directamente erogados para obtenerlos.

Si el importe de las responsabilidades a cargo del empleado influi fuere igual o menor al importe de la caución, las cantidades o valores que se recuperen se aplicarán a favor de "LA COMPAÑIA".

REQUISITOS DE LA CAUCION

NOVENA. Los empleados incluidos en la titulación inicial, quedarán caucionados a partir de la fecha de vigencia de esta fianza, pero si "EL BENEFICIARIO" no envía a "LA COMPAÑIA" dentro de los quince días siguientes a la fecha de la relación inicial que los incluye, debidamente llenado y firmado el cuestionario del empleado según modelo impreso que para tal fin proporcionará a "EL BENEFICIARIO", la caución de dicho empleado quedará automáticamente terminada en la fecha de expiración del citado plazo de quince días y relevada "LA COMPAÑIA" de toda responsabilidad por hechos delictivos posteriores del mismo empleado.

Cuando se trate de empleados no incluidos en la citada relación inicial o de empleados de nuevo ingreso al servicio de "EL BENEFICIARIO", "LA COMPAÑIA" podrá también caucionarlos para lo cual deberá dirigirse previo por escrito en sus oficinas principales de la Ciudad de México, D.F., proporcionándole los siguientes datos: nombre del empleado con apellidos paterno y materno, domicilio, puesto que ocupa o haya a ocupar, lugar de residencia, sueldo, número de Registro Federal de Contribuyentes y monto de la caución que se solicita, en la inteligencia de que cualquier nueva caución anterior a vigor a partir de la fecha en que "LA COMPAÑIA" exprese por escrito su aceptación.

Con dicho aviso de esta, o a lo sumo quince días después de la aceptación, se entregará a "LA COMPAÑIA" debidamente suscrito y llenado el cuestionario mencionado en el primer párrafo de esta Cláusula, la omisión de este requisito será motivo de terminación automática de la nueva caución al pasar el plazo de quince días.

En los casos de promoción o cambio de puesto de alguno de los empleados fijos o aumento de garantía, tendrá aplicación lo dispuesto en esta cláusula.

PRIMAS

DECIMA. "EL BENEFICIARIO" se obliga a pagar a "LA COMPAÑIA" en el domicilio de esta última, por concepto de prima anual y de inmediato, la cantidad que se señala en el cuadro bajo título de "PRIMA" más derechos, gastos e impuestos.

Queda entendido que la prima que se cobra sobre las nuevas cauciones que se otorgan o aumentan en las ya aceptadas dentro del plazo de su vigencia, será calculada al porcentaje pactado sobre el importe de la caución más el importe de derechos, gastos e impuestos, de la siguiente manera:

a) Si el año ocurre dentro del primer trimestre de la vigencia de la fianza, se cobrará el 100% de la prima anual, b) En el segundo trimestre el 75%, c) En el tercer trimestre el 50% y d) En el cuarto trimestre el 25% en la inteligencia de que cualquiera de estas cantidades no podrá ser menor que la prima mínima aprobada en el año en que se expide la presente póliza por caución.

Si "LA COMPAÑIA" diere por terminada anticipadamente la presente fianza, ya sea en forma total o en lo que respecta a uno o varios de los empleados, devolvió a "EL BENEFICIARIO" la prima proporcional no devengada.

Si "EL BENEFICIARIO" diere por terminada anticipadamente la presente fianza, ya sea en forma total o en lo que respecta a uno o varios de los empleados caucionados, tendrá derecho a la devolución de primas de la siguiente manera: a) Si la terminación ocurre durante los primeros tres meses de vigencia de la póliza, "LA COMPAÑIA" devolverá el 50% de la prima anual correspondiente, b) Si ocurre en el segundo trimestre de vigencia de la póliza, "LA COMPAÑIA" devolverá el 25% de la prima anual correspondiente, c) Si ocurre durante el segundo semestre de vigencia de la póliza no se hará devolución alguna.

En ningún caso habrá devolución del 5% de derecho legal, ni de los gastos de expedición e impresión, ni cuando el cargo que se haya hecho sea el que se indica en la parte final del párrafo segundo de esta Cláusula, pero sí se devolverá el importe correspondiente al I.V.A.

En caso de que "LA COMPAÑIA" hubiere pagado alguna cantidad por responsabilidad por cualquiera de los hechos, no habrá devolución de primas sobre las cauciones de estos.

En los casos de rehabilitación a que se refiere la Cláusula Décima Quinta de la presente fianza, "EL BENEFICIARIO" conviene en pagar de inmediato la prima, derechos, gastos e impuestos correspondientes, haciendo el cálculo respectivo a promesa sobre el importe de la responsabilidad pagada y por el tiempo comprendido desde la fecha de descubrimiento de la pérdida y hasta la terminación de la fianza.

VIGENCIA Y PRORROGA DE LA FIANZA

DECIMA PRIMERA. La vigencia de esta fianza es la que se indica en esta póliza, pudiendo ser prorrogada cuantas veces fuere necesario, si así lo conviniere "EL BENEFICIARIO" y "LA COMPAÑIA", mediante la expedición por "LA COMPAÑIA" del documento de prórroga respectivo.

TERMINACION INDIVIDUAL DE LA CAUCION

DECIMA SEGUNDA. La garantía por cualquier empleado comprendido dentro de esta póliza terminará, en los siguientes casos:

- a) Mediante aviso dado por escrito por "LA COMPAÑIA" a "EL BENEFICIARIO" con quince días de anticipación, sin necesidad de expresión de causa.
- b) En la fecha en que termine o se rescinda el contrato de trabajo del empleado.
- c) En la fecha de descubrimiento por "EL BENEFICIARIO" ya sea de alguna pérdida asegurada en los términos de esta póliza o de falta de honradez del empleado, aún cuando los intereses de "EL BENEFICIARIO" no resultan lesionados con motivo de dicha falta y.
- d) En los demás casos que determina esta póliza.

TERMINACION TOTAL DE LA FIANZA

DECIMA TERCERA. Esta póliza podrá darse por terminada totalmente y en cualquier tiempo por "LA COMPAÑIA" con o sin expresión de causa, mediante aviso que por escrito le dé a "EL BENEFICIARIO" con treinta días de anticipación.

Igualmente, "EL BENEFICIARIO" podrá darse por terminada totalmente y en cualquier tiempo, con o sin expresión de causa, mediante aviso por escrito a "LA COMPAÑIA", señalando la fecha de cancelación que en ningún caso podrá ser retroactiva.

CAUSAS DE EXTINCION DE LA GARANTIA OTORGADA

DECIMA CUARTA. Son causas de extinción de la garantía otorgada:

- a) Si cualquiera de los empleados afianzados cometiese alguno de los delitos a que se refiere el preámbulo de la presente y "EL BENEFICIARIO" celebra un arreglo con él sin la previa aceptación de "LA COMPAÑIA", ya sea que se haya presentado o no la reclamación correspondiente.
- b) Si por algún motivo "EL BENEFICIARIO" no ha pagado a "LA COMPAÑIA" las primas, accesorios legales y gastos dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su expedición.
- c) Si "EL BENEFICIARIO" no cumple con alguna de las obligaciones que le impone este documento.

REHABILITACION

DECIMA QUINTA. Al descubrirse cualquier pérdida asegurada por la presente fianza, esta quedará automáticamente reducida a su TOPE MAXIMO a pagar por "LA COMPAÑIA", por el importe de tal pérdida y con efectos a la fecha del aviso previo del descubrimiento, siempre y cuando se constatare precedente y "LA COMPAÑIA" efectúe el pago, sin embargo, a solicitud escrita de "EL BENEFICIARIO", podrá rehabilitarse a su TOPE MAXIMO original, si a los intereses de "LA COMPAÑIA" conviniere mediante la expedición del documento respectivo y desde la fecha del aviso previo del descubrimiento de la pérdida, hasta la del vencimiento del periodo de vigencia estipulado.

En caso de rehabilitación, está operará hasta por su importe, para amparar única y exclusivamente pérdidas que, en los términos de esta fianza, llegaren a ocurrir con posterioridad a la fecha en que entra en vigor la rehabilitación.

OTRAS COBERTURAS

DECIMA SEXTA. Si los empleados comprendidos dentro de esta póliza estuvieran caucionados a favor de "EL BENEFICIARIO" de la presente, por otros afianzadores cuya póliza o pólizas hayan sido expedidas, ya sea en la misma fecha o bien antes o después de la presente, "EL BENEFICIARIO" está obligado a comunicarlo por escrito a "LA COMPAÑIA".

Si "EL BENEFICIARIO" omitiese el aviso de que trata esta CLÁUSULA, "LA COMPAÑIA" quedará liberada de las obligaciones que asume conforme a esta póliza.

Para los efectos de esta póliza, todos los plazos se computarán en días naturales.

FIANZAS MEXICO, S.A., de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no disfruta de los beneficios de orden y ejecución a que se refieren los artículos 2814 y concordantes del Código Civil para el Distrito Federal, supletorio de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 26 de diciembre de 1950.

Y para la Interpretación y cumplimiento del contrato de fianza a que esta póliza se refiere, las partes contratantes se someten a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad de México, D.F., renunciando a cualesquiera otros fueros de domicilio o vecindad.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se expide la presente póliza, como testimonio del contrato celebrado.

Lugar y Fecha

CONFORME
EL BENEFICIARIO

FIANZAS MEXICO, S.A.

AVISOS Y RECLAMACIONES

TERCERA.- Para que "LA COMPAÑIA" cubra a "EL BENEFICIARIO" las responsabilidades que, conforme a los términos y condiciones de esta fianza sean a su cargo, se requiere:

a) Que la pérdida de que sea responsable cualquier empleado caucionado según esta póliza, ocurra durante la vigencia de la misma y se descubra a más tardar, dentro de los sesenta días inmediatamente siguientes a su terminación total o individual y que "EL BENEFICIARIO" dé aviso por escrito de dicha pérdida a "LA COMPAÑIA" por la vía o conducto más rápido, en sus oficinas principales de la Ciudad de México, D. F., dentro de los diez días inmediatamente siguientes al descubrimiento.

b) Que la reclamación, si la hubiere, la presente "EL BENEFICIARIO" por escrito a "LA COMPAÑIA" en sus oficinas principales, dentro de los treinta días inmediatamente siguientes a la fecha en que se presente el aviso antes mencionado, especificando las partidas y fechas de las pérdidas, y proporcionando los elementos comprobatorios de las mismas, para lo cual "LA COMPAÑIA" tendrá derecho a inspeccionar los libros, cuentas y documentos que tengan relación con la responsabilidad que se reclame.

c) Que si los actos de cualquier empleado dieren motivo para que "EL BENEFICIARIO" formule reclamación a "LA COMPAÑIA" en virtud de esta fianza,

"EL BENEFICIARIO" presente desde luego, la denuncia o querrela, según el caso, contra dicho empleado, integrada debidamente con los elementos que conduzcan a la comprobación del monto de la responsabilidad imputada y haciendo, en su caso, la ratificación de la querrela ante las autoridades competentes. "EL BENEFICIARIO" deberá asimismo proceder, en su caso, intervenir con toda diligencia, en la averiguación respectiva y en el proceso correspondiente.

d) Que "EL BENEFICIARIO" entregue a "LA COMPAÑIA" copia certificada de la denuncia o querrela con la correspondiente ratificación de esta última ante la autoridad respectiva, así como copia certificada de la sentencia firme que condene al fiado por el delito cometido y fije el monto de la reparación del daño.

e) Que "EL BENEFICIARIO" haya pagado a "LA COMPAÑIA" la prima correspondiente.

Excepcionalmente, "LA COMPAÑIA" podrá eximir por escrito a "EL BENEFICIARIO", de los requisitos establecidos en los incisos c) y d) de esta cláusula cuando lo juzgue conveniente.

TERMINO DE PAGO Y CADUCIDAD

CUARTA. "LA COMPAÑIA" dispondrá de un plazo de treinta días contados a partir de la fecha e que "EL BENEFICIARIO" le entregue la copia certificada de la

sentencia firme que establece la cláusula que antecede, para comprobar la obligación principal garantizada, así como su monto y efectuar el pago.

Sin embargo, aún cuando no hubiere sentencia firme, la fiadora podrá pagar anticipadamente la probable responsabilidad del fiado o de los fiados culpables; pero en ese caso el pago hecho no quedará firme, sino que estará condicionado a que la sentencia firme sea condenatoria.

A esta póliza le es aplicable lo ya expuesto en la anterior, sin embargo aparentaba cubrir los requisitos para considerarse como tal, lo cual han defendido vehementemente diversos autores, a pesar de reconocer que esta figura es aplicada en América y Europa como un seguro, sin embargo el mayor revés que sufren los defensores de esta tesis es el determinar que se considera inexistente por falta de una obligación principal válida, invocándose el artículo 2797 del Código Civil, que establece que la fianza no puede existir sin una obligación válida, y como en este tipo de fianzas se garantizan aparentemente obligaciones futuras (es decir que todavía no existen en el momento de otorgarse la fianza) se concluye que hay inexistencia de la fianza, por la falta del objeto directo de la misma.

Por lo expuesto se determina que este tipo de contratos no satisfacen los requisitos exigidos para ser denominados como fianzas, sino calificados como seguros.

CONCLUSIONES

En la institución de fianza intervienen tres sujetos que son el fiador, el fiado y el acreedor o beneficiario de la misma; sin embargo, en la denominada fianza de fidelidad no interviene el segundo de los elementos personales en la celebración del contrato, destruyéndose el orden lógico jurídico de los requisitos exigidos para la creación de las obligaciones, como es el caso del contrato, por el Derecho Civil.

La aplicación extralógica de una figura extranjera ha tenido repercusiones en nuestro sistema jurídico, ya que en las compañías americanas garantizan tanto una obligación (fianza) como asumen un riesgo (seguro); y al aplicarse en nuestro país se dividieron en dos, las compañías que garantizaban obligaciones, o sea, las Instituciones de Fianzas, y las que asumen riesgos, es decir, las Instituciones de Seguros.

Como ya hemos señalado toda fianza garantiza una obligación, en tanto que un seguro asume un riesgo; la fianza de fidelidad para concebirse como tal debía garantizar una obligación, sin embargo asume un riesgo, por las actitudes deshonestas en que puede incurrir el "fiado".

En todo tipo de contrato de fianza intervienen tres elementos personales, sin embargo en esta fianza sólo intervienen el beneficiario y el acreedor, y dicha relación jurídica repercute en el fiado, tratando de justificarla al señalar que se trataba de un contrato con una obligación a cargo de tercero, lo cual no se conforma, ya que se puede estipular que una persona se comprometa con otra a conseguir el consentimiento de un tercero para la celebración de un nuevo acto, y en caso de no formularse se podía, si se ha pactado, pagar una pena convencional.

Faltándole el elemento personal del fiado y al cual se repetirá lo pagado por la institución fiadora, carece de un elemento de existencia, y por ende el contrato es inexistente. Sin embargo para que asimismo exista debe satisfacerse el objeto de la misma.

Se violan los artículos 14 y 16 Constitucionales, al repetirse del fiado la cantidad cubierta por la afianzadora al beneficiario, debido a la conducta, como ha quedado señalado jamás el fiado expresa su voluntad, y por ende el contrato es inexistente al faltarle un elemento de existencia, por lo que el principio de legalidad sobre la aplicación conforme a la letra de las normas civiles, no se cumple al existir la posibilidad de ejercitarse la acción ya señalada.

Con lo anterior el c. juez del conocimiento, además de violar garantías, puede incurrir en la comisión de un delito contra la administración de justicia.

Como ha quedado demostrado, no puede acreditarse fehacientemente en el periodo de averiguación previa, tanto el tipo penal como la responsabilidad, ya que en caso contrario, prejuzgaríamos y violaríamos la garantía de audiencia contenida en el artículo 16 Constitucional.

Aunado a lo anterior, y señalando diversos doctrinarios y quienes laboran la institución aquí analizada, que busca cubrir la obligación de la reparación del daño, sin embargo, el pago de las pérdidas sufridas por el beneficiario, son cubiertas antes de dictarse una resolución firme, que además de condenar al fiado a una sanción, lo

condene a la reparación del daño, ésta última puede ser menor o mayor, prejuzgándose y con ello violándose el numeral 14 Constitucional, toda vez que no se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento, y aún más alla, porque como lo reconocen los citados autores, puede darse el caso que se absuelva al acusado del delito que motivó la instauración del procedimiento penal, o absolverlo de la reparación del daño.

Ahondando en lo anterior, el objeto directo de la fianza, que supuestamente garantiza el pago de la reparación del daño a que puede ser condenado el fiado, garantizan obligaciones futuras, estableciendo el artículo 2797 del Código Civil, como requisito para ser válida una fianza, el de garantizar una obligación válida, y no futura, por ende al carecer de un objeto, también se incurre en la inexistencia del contrato, por la falta del objeto del mismo.

Por lo expresado anteriormente, se concluye que la fianza de fidelidad no garantiza una obligación, sino que asume un riesgo, debido a que nadie tiene la obligación jurídica de ser honrado, ya que en caso de ser deshonesto se hará acreedor a las sanciones.

Por todo lo señalado se concluye que la naturaleza jurídica de la "fianza de fidelidad" es en realidad un seguro, ya que esta institución asume un riesgo, la deshonestidad del empleado, y busca indemnizar el daño causado al patrón. Por ello debe de abrogarse la fianza de fidelidad de las Instituciones de Fianzas y regularse en un capítulo especial en la Ley sobre el Contrato de Seguro, aunado a esto los propios autores reconocen que el fidelity bond, es aplicado en Estados Unidos y Europa como

un seguro, y que dicha figura es la que se aplica en nuestro país como fianza, sin embargo siguen insistiendo en denominar a esta figura como fianza en lugar de su naturaleza jurídica de seguro.

Los abogados tienen la misión de cumplir las normas jurídicas y no ser los primeros en procurar la violación de los mismos, y sobre todo aquellos que se dedican a la noble labor de investigación, asimismo deben estar abiertos a un análisis y crítica objetiva, no como los defensores de esta institución, quienes a pesar de reconocer la operación de esta figura fuera de México como un seguro, continúen afirmando que se trata de una fianza, ya que sólo producen confusiones entre estudiantes, litigantes y público en general.

BIBLIOGRAFIA

Códigos, Leyes y reglamentos**MEXICO**

Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

2a. ed., México, Pac, 1994

609 pp.

MEXICO

Código de Comercio y Leyes Complementarias

59a. ed., México, Porrúa, 1994

239 pp.

MEXICO

Código penal para el Distrito Federal

51a. ed., México, Porrúa, 1994

239 pp.

MEXICO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

10a. ed., México, Trillas, 1994

204 pp.

MEXICO

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

29a. ed., México, Porrúa, 1994

430 pp.

MEXICO

Ley sobre el Contrato de Seguro

29a. ed., México, Porrúa, 1994

31 pp.

MEXICO

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

29a. ed., México, Porrúa, 1994

100 pp.

Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel

Legislación Bancaria

2a. ed., México, Porrúa, 1989

712 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio

Las Garantías Individuales

26a. ed., México, Porrúa, 1994

810 pp.

BACKMAN, Jules

Surety Rate Making

Nueva York, Brunswick, 1948

347 pp.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel

Obligaciones Civiles

3a. ed., México, Harla, 1984

621 pp.

CASTAN TOBEÑAS, José

Derecho Civil Español Común y Floral

2a. ed., Madrid, Reus, 1974

pp. 652

COLIN SANCHEZ, Guillermo
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales
12a. ed., México, Porrúa, 1990
656 pp.

COLOMBO, Leonardo A.
Culpa Aquiliana
Buenos Aires, Argentina, 1947
358 pp

DIAZ BRAVO, Arturo
Contratos Mercantiles
3a. ed., México, Harla, 1989
pp. 301

DONATI, Antigono
Il contratto di assicurazione nel codice civile
Roma, Richerce, 1943
457 pp.

ENNECCERUS, Ludwig
Derecho de las Obligaciones
Barcelona, Bosch, 1954
489 pp.

GARRIGUEZ, Joaquín
Curso de Derecho Mercantil
6a. ed., México, Porrúa, 1981
821 pp.

GOMEZ CANTU, Alejandro
"Las instituciones de fianzas y las instituciones de crédito", en Revista Mexicana de Fianzas
(México, D.F. marzo de 1965), # 3. pp. 65-68

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto

Derecho de las Obligaciones

3a. ed., México, Porrúa, 1990

1059 pp.

LATAPI BOYSSELLE, Raúl

"La obligación principal garantizada en la fianza de fidelidad", en Revista Mexicana de

Fianzas

(México, D.F. diciembre de 1965), # 6. pp. 52-56

LATAPI BOYSSELLE, Raúl

"Operación de la fianza", en Revista Mexicana de Fianzas

(México, D.F. septiembre de 1972), # 8. pp. 332-338

MAGEE, John

Seguros Generales

2a. ed., México. U.T.E.H.A.. 1947

239 pp.

MAZEAUD, Henri

Lecciones de Derecho Civil

2a. ed., Buenos Aires, Ejea, 1960

529 pp.

OLVERA DE LUNA, Omar

Contratos Mercantiles

2a. ed., México, Porrúa, 1987

381 pp.

ORTIZ URQUIDI, Raúl

Derecho Civil

3a. ed., México, Porrúa, 1986

633 pp.

PACCHIONI, G.
Dirito Civile
Padua, Giuffrè, 1939
329 pp.

PETIT, Eugene
Derecho Romano
7a. ed., México, Porrúa, 1990
717 pp.

PLANIOL, Marcel
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés
La Habana, Cultural, 1946
427 pp.

RAVAZZONI, A.
La Fideiussione
Milán, Lino, 1957
351 pp.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín
Derecho Mercantil
México, Porrúa, 1991
429 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael
Contratos
20a. ed., México, Porrúa, 1990
548 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael
Teoría General de las Obligaciones
16a. ed., México, Porrúa, 1989
543 pp.

RUGGIERO, Roberto de
Instituciones de Derecho Civil
2a. ed., Madrid, Reus, 1966
590 pp.

RUIZ RUEDA, Luis
El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio
México, 1960
202 pp.

RUIZ RUEDA, Luis
"Fianza de fidelidad, algunos errores que deben evitarse", en Revista Mexicana de Fianzas
(México, D.F. diciembre de 1965) # 6. pp. 65-73

SALANDRA, Vittorio
Curso de Derecho Mercantil
1a. ed., México, Jus, 1949
297 pp.

SIERRA MACEDO, Manuel
"La fianza de fidelidad", en Revista Mexicana de Fianzas
(México, D.F. septiembre de 1972) # 8. pp. 313-317

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar
Contratos Mercantiles
3a. ed., México, Porrúa, 1989
538 pp.

VIVANTE, César
Tratado de Derecho Mercantil
1a. ed., Madrid, Reus, 1932
427 pp.