

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

81

2ej.

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA
CON RELACIÓN AL REAFIANZAMIENTO**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

LIC. EN DERECHO

PRESENTA:

CAMPOS MIRANDA, DANIEL JAFET

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AL DOCTOR PEDRO ASTUDILLO URSUA.
*MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO Y
RESPECTO, POR LAS FACILIDADES BRINDADAS
PARA LA ELABORACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.*

AL LICENCIADO VICENTE TATEMURA GUTIÉRREZ.
*POR SUS CONSEJOS, CRITICAS Y APOYO
BRINDADO DURANTE LA ELABORACIÓN
DE LA PRESENTE TESIS.*

AL LICENCIADO RICARDO PADILLA CASTILLO.
POR SU APOYO, CONFIANZA Y AMISTAD



**A IRENE BASILIO LOZANO.
IN MEMORIAM.**

*QUIEN ME INSPIRÓ A ESTUDIAR ESTA CARRERA,
CON SU EJEMPLO DE RECTITUD Y AMPLIO
CONOCIMIENTO DEL DERECHO.*

A MIS PADRES LUCAS E HILDA.

*QUIENES CON SU EDUCACIÓN, EJEMPLO Y AMOR,
ME ENSEÑARON A LLEGAR VICTORIOSO A TODAS
MIS METAS.*

**A MIS HERMANOS: MARÍA DOLORES, EDUARDO, HAYDEÉ,
JUAN, MARÍA DE LA LUZ, DANIEL, JORGE Y MARTHA.
QUIENES A LO LARGO DE MI VIDA ME HAN DADO
SU APOYO, CARIÑO Y RESPETO.**

A MI ESPOSA: MARÍA MAGDALENA.
*CON TODO MI AMOR Y CON AGRADECIMIENTO POR
HABERME APOYADO E IMPULSADO A CONCLUIR LA
PRESENTE TESIS.*

**A MIS SUEGROS: PEDRO Y ESTELA, Y A MIS CUÑADAS
CLAUDIA Y LUPITA.**
*POR LA AMISTAD Y APOYO QUE SIEMPRE
ME HAN BRINDADO.*

A MIS AMIGOS: CARLOS JIMÉNEZ, EDUARDO BARRANCO,
JAVIER MARTÍNEZ, GUILLERMO GUTIÉRREZ Y RICARDO
GALVEZ.

CON QUIENES HE PASADO MOMENTOS INOLVIDABLES.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
FUENTE INAGOTABLE DE SABIDURÍA.

ANALISIS DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA CON RELACIÓN AL REAFIANZAMIENTO

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO.

Antecedentes históricos del "Contrato de Fianza"

a) Antecedentes y evolución en México.-----	2
b) La Ley Federal de Instituciones de Fianzas y sus reformas.-----	7

CAPÍTULO SEGUNDO.

Conceptos preliminares del "Contrato de Fianza"

Introducción.-----	30
a) La institución denominada fianza.-----	30
b) La fianza como figura del derecho civil.-----	32
c) Diferencia entre fianza civil y fianza mercantil.-----	34
d) Diversas clases de fianzas.-----	38
e) Concepto de reafianzamiento.-----	72
f) Concepto de cofianzamiento.-----	84

CAPÍTULO TERCERO.

Marco Jurídico.

a) Naturaleza y efectos jurídicos.-----	86
c) Elementos específicos del contrato de fianza.-----	99
b) Estipulación a favor de tercero.-----	111
d) Procedimientos para hacer efectiva una fianza de empresa.-----	120

CAPÍTULO CUARTO.

Diferencias y similitudes que existen entre la fianza y el reafianzamiento y cofianzamiento.

a) Noción del reafianzamiento y distintos criterios al respecto.-----	137
b) El reafianzamiento en relación con la fianza.-----	167
d) El cofianzamiento en relación con la fianza.-----	169
e) Como se considera al reafianzamiento en la practica cotidina.-----	177
CONCLUSIONES.-----	178
BIBLIOGRAFIA.-----	180

INTRODUCCIÓN

La figura de la fianza, tiene su origen, como la mayor parte de las Instituciones del Derecho, en el Derecho Civil; la cual al adecuarse a las distintas ramas del Derecho, evoluciona de la siguiente manera.

El derecho mercantil no fue la excepción, si consideramos la seguridad que necesitan las relaciones comerciales por razón de su función y complejidad, es como, nos encontramos con la existencia de la fianza dentro de este campo del derecho.

Dentro del Capítulo Primero encontraremos referencia a los "Antecedentes Históricos," se llevará a cabo una relación concreta de su evolución histórica, a través de su transformación mencionando sus antecedentes más remotos de los que se tiene conocimiento en México; por lo que respecta a la fianza de empresa.

Analizaremos cronológicamente los diversos ordenamientos jurídicos que han tenido por objeto regular a la figura jurídica de la fianza, hasta llegar a la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas en Vigor.

En el Capítulo Segundo detallaremos lo que es el Contrato de fianza de empresa así como la diferencia que existe entre la Fianza Civil y Mercantil, las diversas clases de fianzas, que tipo de operaciones se pueden garantizar con las mismas, el reafianzamiento y el cofianzamiento toda vez que es el punto medular de la presente tesis.

En el del Capítulo Tercero, se hará mención al marco jurídico que envuelve al Contrato de Fianza de empresa, su naturaleza y efectos jurídicos, la figura de la estipulación a favor de tercero que en realidad es una forma de explicar como opera la fianza, hablaremos de todos y cada uno de los procedimientos judiciales y administrativos para hacer efectivo el pago de una fianza de empresa.

El Capítulo Cuarto es la base fundamental del presente trabajo, toda vez que analizaremos las figuras jurídicas de el reafianzamiento y el cofianzamiento, su origen, si estas figuras se dan en el derecho civil, si se pueden asimilar a alguna figura de ese campo, la naturaleza su legislación actual, si su redacción es coherente con la figura de la fianza o por el contrario viene a asimilar a dicha figura, instituciones totalmente distintas para poder llegar a las conclusiones que nos permitan dar a conocer a profundidad el extenso campo de la fianza de empresa.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO DE FIANZA.

a) Antecedentes y Evolución en México.

- 1.- Derecho Español.
- 2.- Derecho Prehispánico.
- 3.- Derecho Colonial.
- 4.- Derecho del México Independiente.
- 5.- Derecho Actual.

b) Estudio de la Ley Federal de Instituciones de fianzas y sus Reformas.

- 1.- Primer Código de Comercio.
- 2.- Segundo Código de Comercio.
- 3.- Tercer Código de Comercio.
- 4.- La Ley Fderal de Istituciones de Fianzas vigente.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE FIANZA.

a) Antecedentes y Evolución en México.

b) Ley Federal de Instituciones de Fianzas y sus Reformas.

a) Antecedentes y Evolución en México.

Por lo que hace a España, según Calixto Valverde, en su tratado de Derecho Civil Español, coloca el origen de la fianza en el Fuero Real y la Ley de las Siete Partidas, obra realizada por Alfonso X el Sabio, con vigencia en la época de la Colonia y la Independencia.

En la Ley de las Siete Partidas se determinaron en las leyes 8 y 10 del título XII, partida 5-c, las primeras características de las garantías, así como la diferencia que se estableció con la renuncia del derecho de orden y exclusión, así como de división, siendo el beneficio de exclusión otorgado de pleno derecho.(1)

A la par podemos citar el Código Civil Español de 1888, en el que se incorporaban ciertas características a la fianza como lo es la accesoriedad, la gratitud, la unilateralidad, señalando los beneficios de orden, división y exclusión, la subrogación de los derechos del acreedor a favor del fiador cuando éste ha pagado.

1.- Revista Mexicana de Fianzas, en el número 7 del año de 1966, en la página 10, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Se distinguió la fianza Legal, Convencional y Judicial. Este cuerpo legislativo, estuvo vigente en nuestro país hasta la promulgación de nuestros primeros Códigos Civiles.

El antecedente más remoto con el que se cuenta respecto del contrato de fianza en nuestro país, data desde el inicio de la Colonia, época en que se implantaron diversos ordenamientos provenientes de la legislación Hispana fundamentalmente como lo son las Leyes de Partida, de Indias, Ordenanzas e Intendentes, en las que se establecía, entre otras disposiciones, que los miembros del tesoro del Consejo de Indias debían otorgar fianza para garantizar la guarda de valores que se le confiaban a su cuidado.

Por lo que hace a la época de la Colonia tuvieron vigencia en la Nueva España otros dos cuerpos de Leyes: Las dictadas para las Colonias en América, que tuvieron vigencia en la Nueva España, encontrándose principalmente las Leyes de Indias recopiladas en 1680 por orden de Carlos II, pero el Derecho Privado no se ocupó respecto de estas leyes.

El otro cuerpo de leyes expedidas directamente para la Nueva España, destacaba la Ordenanza de Intendentes de 1780, que se ocupó de la organización política, administrativa y judicial de la Nueva España.(2)

2.-TRINIDAD GRACIA. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, 20a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1980. Pág. 60.

"En la época independiente México continuó sujeto a lo expresamente apuntado en el Derecho Civil, ya que se consideró representado fundamentalmente por las Partidas que fue en el Derecho Prehispánico en México independiente, el Derecho Privado".(3)

Durante el gobierno del Presidente Juárez, se le encomendó a Don Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, que se publicó en 1861, el cual influyó grandemente en los Códigos Civiles de los demás estados de la Federación.

En el México Independiente y con el surgimiento del Código Civil de 1870, la fianza adquirió un carácter contractual en el que expresamente se estableció que podía otorgarse a título oneroso, siendo ésta la primera vez que se hablaba de retribución respecto de esta garantía.

Conocido es, que los movimientos políticos de ésta época eran frecuentes y que los gobiernos se sucedían de igual manera, por lo que éste Código tuvo corta vigencia ya que fue sustituido por el de 1884, que reglamenta la fianza en forma similar a la anterior; a su vez fue reemplazado por el de 3 de agosto de 1928, vigente desde el 1 de octubre de 1932, hasta nuestros días, aplicado en toda la República en materia Federal.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Conviene señalar que la existencia del Código de Comercio Mexicano de 1854, conocido como "Código Lares", el cual reglamentó la fianza especificando que "eran actos mercantiles cuando tuvieran por objeto asegurar el cumplimiento de contratos de comercio". Señalar el artículo

El Código de Comercio de 1884, reglamentó la fianza como "actos mercantiles cuando tuvieran por objeto asegurar el cumplimiento de contratos de comercio". Por último, el Código de Comercio de 1890 no reglamentó la fianza mercantil.

El primer antecedente sobre el contrato de fianza mercantil tuvo su origen en el Decreto de 3 de junio de 1895, por el cual se autorizó al Ejecutivo para otorgar concesiones a las compañías nacionales y extranjeras legalmente constituidas, a fin de que habitualmente practicasen operaciones de caución por manejo de funcionarios, empleados, dependientes y en general, de toda clase de personas que tengan responsabilidad pecuniaria por la dirección administración, conservación o depósito de intereses públicos o privados, en favor del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados del Distrito Federal y territorios, de las Municipalidades, Corporaciones, Compañías e individuos de la República.

La primera Compañía de fianzas, que operó en la República, para garantizar la pureza en la administración de empleados públicos de la Federación, de los Estados y de los Municipios y aun de intereses particulares, según la exposición de

motivos del decreto antes mencionado, que constituye la piedra angular de la reglamentación de la fianza de empresa, fue una sucursal de la American Surety Co. de Nueva York, N.Y., según contrato de 9 de abril de 1913, la cual fue remplazada por su filial, la Compañía Mexicana de Garantías, S.A. (4)

4.- Revista Mexicana de Fianzas, en el número 7 del año de 1966, en la página 10, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

B) Antecedentes de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y sus reformas.

El 24 de mayo de 1910 se promulgó una nueva Ley que amplió los renglones de operación de las Compañías de Fianzas, en el sentido de otorgar cauciones tanto para garantizar el manejo de funcionarios o empleados, como para responder del pago de derechos, contribuciones, impuestos, rentas, etc., en los casos en que conforme a las Leyes se requería de una Garantía, o bien para responsabilidades que se deriva de contratos que los particulares y empresas celebraban con el Gobierno Federal para la ejecución de obras o provisión de efectos y materiales.

La Ley de 24 de mayo de 1910, fue reglamentada un mes después, sólo para comprender aquellas garantías que otorgaron en favor de la Hacienda Pública, regulando fundamentalmente la fianza de fidelidad a favor de la entidad federativa. Este ordenamiento quedó abrogado por la Ley de Compañías de Fianzas de 11 de marzo de 1925, misma que consideró a las Instituciones de Fianzas como: "Instituciones de Crédito".

Al año siguiente, el 31 de agosto de 1926, se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, dedicando su capítulo IX a las afianzadoras. Durante la vigencia de esta Ley, las Compañías Afianzadoras conservaron el carácter de Instituciones de Crédito que les concedió el artículo 2 de la Ley de Compañías de Fianzas de 1925.

Por otra parte dentro de sus disposiciones transitorias, en el artículo 1, establecía que los Bancos, Almacenes Generales de Depósito y Compañías de Fianzas, continuarían teniendo hasta la expiración o caducidad de su concesión, el carácter de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, dicho artículo fue publicado en el tomo II de "Legislación Bancaria" que editó la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el año de 1957.

La Ley de Instituciones de Crédito del 28 de julio de 1932, decidió que las afianzadoras quedaran fuera del sistema bancario y prácticamente pasaron a ser parte del grupo de las Instituciones de Seguros, porque se consideraba que la técnica de distribución del riesgo operaba en la fianza de igual manera que en el seguro, ya que se tomaba el domicilio de la persona afianzada como base para distinguir el contrato de fianza mexicano, en vez de considerar sujeto a nuestras leyes, como lo hacía la Ley General de Sociedades de Seguros, para el contrato de Seguro.

Por lo tanto a consecuencia del incremento que tuvo la fianza, se amplió la experiencia señalando nuevas orientaciones, provocando la expedición de diversas exposiciones contenidas unas en forma de simples oficios, otras en circulares y otras en Decretos, las que sirvieron de base para la elaboración de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Y de las cuales citamos a continuación en forma breve las principales características de cada exposición.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Siguiendo la secuencia por años en materia de fianzas, lo fundamental del Decreto que reformaba la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 28 de diciembre de 1933, fue el proyecto que contenía disposiciones que tendían esencialmente a impedir a las Compañías extranjeras no autorizadas por el Gobierno Federal, la contratación de fianzas que cubrieran las partidas que resultaran de actos de personas residentes en el país.

Pero con la excepción de que no realizaran las operaciones de fianza habitualmente y con el público en general, sino accidentalmente y con reducido número de personas; no extendiéndose en forma de póliza, no anunciándose públicamente por prensa o cualquier otro medio que no empleara agentes que las ofrecieran.

En el Diario Oficial de la Federación del 1 de marzo de 1939, apareció en su publicación unas disposiciones generales relativas a la calificación de fianzas, de entre las cuales el punto número dos mencionaba que: La Tesorería de la Federación tiene atribuciones de inspección y vigilancia para calificar y aceptar, en su caso, las garantías otorgadas, debiendo comprobar, periódicamente o cuando lo estime necesario, que dichas garantías conservaran los requisitos indispensables para su aceptación.

Por lo que las disposiciones generales que hubiese dictado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para calificar o admitir las

fianzas a favor de la Hacienda Pública Federal, de los Gobiernos del Distrito Federal y de los Municipios de los mismos, servirían a la Tesorería de la Federación para los efectos antes citados.

El 15 de abril de 1940, se dictan otras disposiciones generales relativas a reafianzamientos y contragarantías, en las que se consideraba indispensable especificar las contragarantías para los casos excepcionales en que no existiera reafianzamiento, permitiendo así practicar sobre bases adecuadas las fianzas directas.

El 26 de junio de 1940, se hace la aclaración al oficio por el cual se reformaron las disposiciones generales que debían observar las Compañías de Fianzas autorizadas para operar en materia de fianzas. Mencionaba que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinaría en cada caso, el monto de la contragarantía y haría la calificación de valores.

El 19 de febrero de 1941, se adicionó uno de los puntos relativos a las disposiciones generales del 15 de abril de 1940, no siendo precisa la constitución del depósito o de la hipoteca, cuando preste la contragarantía una empresa establecida en la República y que a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tenga la solvencia necesaria para responder de las obligaciones que por virtud de dicha contragarantía asumiera.

Dada la importancia de la materia, aparte de que el crecimiento general de los negocios que en su formación o en su

ANTECEDENTES HISTORICOS

cumplimiento requieran de los servicios de las Compañías de Fianzas, el Congreso se abocó al conocimiento del problema y el 12 de mayo de 1943 apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto del 31 de Diciembre de 1942, en el que se decretaba la Ley de Instituciones de Fianzas.

Establecía que la fianza se asemejaba al seguro cuando se otorgara para caución de persona o bienes públicos y privados, pero no cuando llevara por objeto garantizar el cumplimiento de otro tipo de contratos u obligaciones. Por lo que las compañías de fianzas no asumían ni distribuían los riesgos, sino que simplemente se limitaban a prestar un servicio mediante el examen de las contragarantías que le permitiesen constituirse en obligadas directas frente al acreedor en la operación.

Por lo tanto, abandonaba la clasificación de 1925, hecha en función del beneficiario de la garantía para apoyarla en la naturaleza de la operación de fianza, no desde el punto de vista jurídico sino intrínsecamente aunque conservado como una categoría especial de fianza ante las autoridades judiciales por la particularidad de todas maneras la intervención de tales autoridades presta a las garantías que ante ellas se constituyen.

Por otra parte cuidaba que las actividades de las compañías de fianzas no invadieran el campo de las Instituciones de Crédito, y por eso le prohibía emitir fianzas en forma de aval.

Se concedía a las instituciones de fianzas un estatuto aparentemente privilegiado, pero compensado desde el punto de vista del interés público mediante una serie de responsabilidades y limitaciones, de entre las cuales, la más importantes eran las que fijaban una proporción entre el volumen general de sus negocios y obligaciones de su capital y reservas, las que establecían medidas drásticas para sancionar las infracciones de la Ley. Se aumentó en forma apreciable el capital mínimo para operar en cada ramo.

En el artículo 123, citaba que las operaciones que se practicaran por las Instituciones de Fianzas se considerarían mercantiles para ambas partes.

El artículo 124 faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para interpretar administrativamente la Ley de la materia por medio de disposiciones generales que deberían publicarse en el Diario Oficial de la Federación, o para resolver para su aplicación en casos concretos.

En sus artículos transitorios el 1º, anotaba que mientras no se legislara en materia de contrato de fianza onerosa, éste sería regido por lo dispuesto en la Legislación Mercantil y por el Título Decimotercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil del Distrito Federal. Por lo que se consideraba a los contratos de fianza a título oneroso, como actos de comercio, salvo cuando se celebran ocasionalmente por quienes no constituyeran una Institución de Fianzas o una de Crédito.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Desde entonces los contratos se expedían en forma de póliza. Esta ley entro en vigor el 1º de marzo de 1943.

Pero solamente según se presume que por motivos de tiempo no entró en vigor la citada Ley, sino que por Decreto de 30 de marzo de 1943, publicado en el diario oficial del 12 de mayo de 1943, la fecha que se había citado para entrar en vigor se modificó, siendo su vigencia a partir del día 1º del mes que siga a aquél en que se haga la publicación en el "Diario Oficial de la Federación". O sea el 1º de junio de 1943.

El 12 de junio de 1943, se expidió el Reglamento de la Comisión Consultiva de Fianzas, se creó para auxiliar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las funciones procesales a que se refiere el Capítulo 1º de la Ley de Instituciones de Fianzas. Organismo que no formó parte de las dependencias presupuestales de dicha Secretaría y que tuvo como su nombre lo indica, el carácter de Cuerpo Consultivo de la Dirección de Crédito.

A la Comisión le fue competente para instruir los procedimientos hasta llegar a un estado de resolución: en el caso de procedimientos administrativos conciliatorios, se instruirá de acuerdo con las reglas que dictare la Dirección de Créditos: En los casos de procedimientos contenciosos, se aplicaría supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles. Las promociones serían recibidas directamente por la Comisión y no a través de la Secretaría de

Hacienda, dado que se trataba de un organismo diferente a la misma, aunque ligado a ella.

Y mientras la Comisión Nacional Bancaria continuaba con la inspección contable de las instituciones de fianzas, así establecido por el artículo XX transitorio de la Ley respectiva, se entregaría a dicha Comisión por la Secretaría de Hacienda y con cargo al Fondo de Inspección y Vigilancia de las Instituciones de Fianzas, una cantidad a la que venía recibiendo mensualmente de cada Compañía.

Por otra parte, como el Estado esta en la obligación de cuidar que las garantías otorgadas directamente al Erario o los establecimientos públicos o comisiones autónomas del Ejecutivo, teniendo la firmeza indispensable que asegure la recuperación de los créditos de tales entidades, decretó el 27 de junio de 1944 los requisitos a que se sujetaban los préstamos a favor del Erario Público, así como a los Establecimientos Públicos Federales y a las Comisiones Autónomas, teniendo en cuenta que las fianzas deberían prestarse en todo caso por las instituciones autorizadas, cuando la obligación garantizada excediera de \$1,000.00, rigiendo tanto a las otorgadas contractualmente, como por disposición de autoridad administrativa, judicial, Tribunal Fiscal de la Federación o por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cualquiera que fuese la naturaleza del procedimiento respectivo. Por lo tanto este decreto modificó, en lo conducente la fracción VI del artículo 12 del Código Fiscal de la Federación.

ANTECEDENTES HISTORICOS

El decreto que reformó y adicionó la Ley de Instituciones de Fianzas, para corregir algunos defectos y omisiones, así como para aclarar algunas disposiciones y que fue del 11 de febrero de 1946; en el artículo 77, en las funciones de vigilancia de la Ley confirió a la secretaría de Hacienda y Crédito Público puso de manifiesto el hecho de que podía expedir los reglamentos y dictar las disposiciones que, dentro del ámbito de esta Ley, serían necesarias o convenientes para el desarrollo de las operaciones sistemáticas de fianza onerosa o para el mejor control de vigilancia de las empresas, cuando, incluso, organismos descentralizados auxiliares de la Secretaría.

El decreto de 30 de diciembre de 1946, vino a reformar la Ley de Instituciones de Fianzas en algunos puntos básicos, como fueron entre ellos: El aumentar el capital mínimo de las Instituciones de Fianzas; el reafianzamiento se encuadró legalmente dentro de la figura jurídica de la Fianza, lo que evitó que se considerase como reaseguro, operación que pedía contratarse en el extranjero en ciertos casos.

Por lo que respecta a la ley que regula las inversiones de las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas y Bancos de Capitalización, En Títulos Valores en serie, en inmuebles y préstamos hipotecarios el 30 de diciembre de 1947, Consideró que por ser las Instituciones de Seguros de Fianzas Y bancos de Capitalización, los principales inversionistas en el mercado nacional de valores; que a partir de la creación de la Comisión Nacional de Valores; que es la nueva entidad creada, es el Organo especializado del Gobierno

Federal para determinar la seguridad de los valores expedidos; por lo tanto: Los Títulos Valores en serie garantizados por Instituciones de Crédito o por otras sociedades, sólo podrán ser objeto de inversión cuando para éste efecto hayan sido aprobados por la Comisión Nacional de Valores. Los títulos valores en serie emitidos por instituciones de Crédito requerirán de aprobación de la Comisión Nacional Bancaria, la que deberá obtenerse opinión favorable de la Comisión Nacional de Valores.

Otro decreto que modificó la Ley de Instituciones de Fianzas, fue el 22 de enero de 1949, que mantuvo la necesidad de simplificar los procedimientos de los acreedores debían seguir para hacer efectivas las fianzas; por otra parte, se sostuvo que las instituciones no deberían expedir garantías riesgosas sin tener coberturas suficientes, lo que redundaría en perjuicio del conjunto de sus acreedores.

Estableciéndose así las reservas técnicas de riesgos, que se formaban con el 50% de las primas brutas, y las reservas por reclamación, ésta se aceptaba como activo de la institución afecto a la reserva por reclamaciones.

Al referirse al contrato de Fianza onerosa, las instituciones de fianzas, debían aprobar por escrito al efecto estarían obligadas a expedir a los interesados una constancia en forma de póliza.

ANTECEDENTES HISTORICOS

La necesidad de proceder a una revisión completa de la Legislación en esta materia, provocó la búsqueda de un perfeccionamiento en los sistemas de operaciones, procurando un mejoramiento en la estabilidad económica y en la liquidez de las instituciones.

Con estos objetivos se consagró el decreto de 26 de diciembre de 1950, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950, mismo que entró en vigor , al decimoquinto día de su publicación. Abrogándose la ley de Instituciones de Fianzas promulgada el 31 de diciembre de 1942, así como sus reformas y disposiciones reglamentarias.

"Esta ley no introdujo modificaciones esenciales acerca del régimen del contrato, sino que limitó a reproducir casi sin variación de fondo, las reglas contenidas en la sección primera del capítulo de artículos transitorios de la ley abrogada, aunque no hubo la preocupación de corregir la redacción, que en realidad no era clara".(5)

Se consideró como régimen supletorio aunque realmente esencial el Código Civil para el Distrito Federal; se dejó prueba clara y manifiesta de que tal régimen se consideraba en su conjunto como el mejor, más adecuado y digno de convertirse en definitivo.

5.- RUIZ RUEDA LUIS. La Fianza de Empresa a Favor de Tercero. México 1956, Cap. I, Págs 56, 57, 58 y 59.

Lo interesante en esta Ley de 1950, es que se excluyó de su reglamentación, a las fianzas otorgadas por las Instituciones de Crédito; modificación razonable, por que en realidad esas garantías, en México, son operaciones aisladas ocasionales, que se apartan notoriamente de muchos aspectos, de las fianzas de empresa, aunque fueren onerosas.

En el aspecto económico, cita las garantías de recuperación a tal punto, que su existencia regular es el factor primordial para que la presunción de solvencia que la ley otorga a estas empresas afianzadoras, sea una realidad práctica.

Por lo que, sólo se dejó la posibilidad de no exigir garantías de recuperación tratándose de las fianzas de fidelidad, por operarse con una técnica análoga a la de las empresas aseguradoras.

El decreto que reformó y adicionó a la Ley de Instituciones de Fianzas de fecha 26 de diciembre de 1953, mejoraba en algunos aspectos el régimen operativo de las Instituciones de fianzas.

Se pusieron medidas de control para regular el volumen de responsabilidades a cargo de las mismas, sobre todo en lo relativo al requerimiento de pago, se estableció un procedimiento de cobro más expedito, en que las Entidades Públicas tenían a su favor la presunción de procedencia del requerimiento que se hiciera contra las empresas fiadoras.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Por lo que los procedimientos conciliatorios o contenciosos, iniciados ante la Comisión Consultiva de fianzas y que estaban pendientes de resolución, se concluyeron por la Dirección de Crédito, de la secretaría de Hacienda y Crédito Público, y en consecuencia, se derogó el artículo XII Transitorio de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, de 26 de diciembre de 1950.

El artículo 95 de la ley Federal de Instituciones de Fianzas del 26 de diciembre de 1950, citaba que los juicios que siguiera la Federación, el Gobierno del Distrito Federal y de los Territorios Federales contra las Instituciones de Fianzas por las obligaciones derivadas de fianzas otorgadas, se substanciarían ante los jueces de Distrito del Distrito Federal; los que siguieran los Gobiernos de los Estados y Municipios contra las mismas instituciones y por obligaciones derivadas también de fianzas otorgadas, se substanciarían ante el juez de Distrito del domicilio de la entidad o autoridad beneficiaria, sujetándose en ambos casos a las reglas establecidas en el artículo 94. Los particulares podrían elegir, a su conveniencia, jueces Federales o Locales, para el trámite de su reclamación.

Por lo consiguiente el 11 de agosto de 1954 se reglamentó el artículo 95 de la citada Ley, para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 1954.

Con el fin de que los recursos de las Instituciones de Fianzas contribuyeran mas eficazmente a la resolución de los problemas de la colectividad, se hacia necesario modificar el régimen de inversión de estas empresas mediante reformas, las que se manifestaron en el decreto que reformaba la Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 29 de Diciembre de 1956, considerando que las Instituciones de Fianzas contribuirían a la construcción de habitaciones populares, estableciéndose la obligación de invertir cuando menos el 10% de su capital, reservas de capital, reservas de fianzas en vigor y de previsión, a efecto de que una parte importante de los recursos de estas empresas se canalizara hacia la construcción de habitaciones populares y lograr que el Instituto Nacional de la Vivienda contara con medios económicos para la ejecución de sus programas.

Con este propósito, quedó previsto en el artículo 14, que el conjunto de responsabilidades que asumiera una Institución mediante el otorgamiento de fianzas, no excediera del límite que le correspondiera calculando de acuerdo con las bases del reglamento del propio artículo.

Conformándose de esta manera, el 12 de noviembre de 1957 un reglamento que establecía las bases para calcular el limite de las responsabilidades que asumieran las Instituciones de Fianzas, mediante el otorgamiento de fianzas, y que apareció publicado en el Diario Oficial de la federación el 27 de noviembre de 1957, entrando en vigor el 1 de enero de 1958; constituyéndose por tanto que el total

ANTECEDENTES HISTORICOS

de las primas retenidas por las Instituciones de Fianzas en cada ejercicio, por el conjunto de responsabilidades contingentes que provinieran de la expedición de fianzas, no podría exceder del 100% de sus recursos.

Se entiende por primas retenidas la suma de las primas brutas y las primas de reafianzamiento tomado menos las primas devueltas y las primas de reafianzamiento cedidas.

Se entiende por recursos; la suma del capital pagado, las reservas de capital, los sobrantes de ejercicios anteriores y las reservas de previsión y contingencia.

"Siendo así necesario establecer el porcentaje mínimo que pudieran cobrar las Instituciones de Fianzas en relación con el monto de las responsabilidades contingentes que asumieran, fijadas por las disposiciones de carácter general que dictará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público". Artículo

El Decreto que adicionó y reformó a la Ley Federal de instituciones de Fianzas, para corregir algunos defectos y omisiones, así como, con la finalidad de que las Instituciones de Fianzas pudieran lograr una superación en la prestación de sus servicios a través de organismos auxiliares que les brindaran las ventajas de una actividad en conjunto, fue el del 27 de diciembre de 1963, modificó, adicionó y reformó los artículos 4 bis, 24 y 74; haciéndose necesario el permitir que las Instituciones de Fianzas se organizaran en consorcios de igual

manera que se había permitido hacerlo en las Instituciones de Seguros, quedando dichas organizaciones sujetas a la vigilancia e inspección del Estado.

También resultó conveniente en beneficio del público que requería de los servicios de fianzas, facilitar el otorgamiento de una de las garantías de recuperación que técnicamente requerían estas instituciones para poder prestar este servicio, como es la prenda de bienes distintos al dinero y valores, y que en la actualidad resulta poco práctico, ante la exigencia legal de que los bienes queden en poder del acreedor.

Por tal virtud se estimó procedente establecer que la prenda de esta clase de bienes se pudiera constituir conservando el otorgante el poder y en calidad de depositario los bienes objeto de la misma, evitando de esta manera que esas personas tuvieran que prescindir del uso y demás beneficios que la posesión de dichos bienes les pudieran proporcionar.

También se hizo notar que las disposiciones de carácter Fiscal, requerían de un ajuste por lo que, las operaciones de fianzas, así como los ingresos y utilidades que por los mismos conceptos obtuviesen, no podían ser gravados en forma alguna por los Estados, Municipios, Distritos y Territorios Federales. Los contratos de arrendamiento, subarrendamiento y compraventa que celebren las Instituciones de Fianzas, causarían el impuesto establecido por las

ANTECEDENTES HISTORICOS

Fracciones II y VII, inciso C, de la tarifa contenida en la Ley General del Timbre. y así se consagró en el artículo 74 de la Ley.

Las reformas y adiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 23 de febrero de 1965, que entró en vigor al día siguiente en su publicación citaba:

"Se adiciona el artículo 3º. con un párrafo final en los siguientes términos:

art. 3º...

En ningún momento podrán participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeros, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales sea cual fuere la forma que revistan, directamente o a través de interpósita persona".

Se reformó la fracción segunda del artículo 104 de la misma ley para quedar en los siguientes Términos:

art. 104...

Fracción II.- Que se infrinja lo establecido en el último párrafo del artículo 3º... o que la institución establezca con las entidades o grupos mencionados en dicho párrafo relaciones evidentes de dependencia, o que la institución haga gestiones por conducto de una cancillería extranjera.

Se adiciona la citada Ley con el artículo 111 bis en los siguientes términos:

Art. 111 bis.- "La infracción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3º... se sancionará a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y según la gravedad del caso, con la pérdida de la participación de capital de que se trate en favor del Gobierno Federal o con la revocación de la autorización respectiva, en los términos del artículo 104".

Dentro de los artículos transitorios se citó que las instituciones de Fianzas deberían reformar sus escrituras constitutivas para insertar la prohibición a que se refiere el último párrafo del artículo 3º... "e incluir en el pacto social la infracción a dicho precepto produciría la pérdida de la acción o acciones de que se trate en favor de la Nación, para ajustarse a lo preceptuado en el presente artículo disponiéndose de un plazo de un año".

Por lo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tuvo la facultad de autorizar las inversiones en el capital de las Instituciones de Fianzas.

Por Decreto de 24 de diciembre de 1968, publicado en el diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1969, se reformaron los artículos 75, 76 y 77 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para mencionar lo siguiente:

ANTECEDENTES HISTORICOS

Las Instituciones de Fianzas son Organizaciones auxiliares de Crédito por lo que le serán aplicables, en lo conducente, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, así como por las normas reglamentarias correspondientes.

A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, le corresponde la inspección y vigilancia de las Instituciones de Fianzas, así como la de sus agentes, para el efecto de verificar el cumplimiento de las disposiciones a que se refiere la ley respectiva.

Por otra parte el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quedó facultada para expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de la Ley que se trata y para interpretar, a efectos administrativos, los preceptos de la misma por medio de circulares de carácter general. La mencionada Secretaría está así mismo facultada para dictar las disposiciones que sean necesarias o convenientes al desarrollo de las instituciones de Fianzas.(6)

En los artículos transitorios se dio facultad a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para solicitar que las Instituciones de Fianzas, y éstas estando obligadas a rendirle los informes y pruebas

6.- Revista Mexicana de Fianzas, en el número 7 del año de 1966, en la página 10, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

que la propia Secretaría le solicitase en relación con su organización, operaciones y patrimonio.

Así mismo las instituciones de Fianzas están obligadas a recibir las visitas de inspección que se manden practicar. Por tal motivo, los inspectores tienen para tal efecto acceso a los bienes, libros y documentos que se relacionen directamente con el objeto de la visita. Las visitas de inspección se realizarán en horas hábiles, y solamente por causas graves a juicio de la Secretaría, pudiéndose verificar fuera de dichas horas.

Otra de las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es la del artículo 74, por iniciativa de Ley del 24 de octubre de 1974 que establece al igual que las propuestas respecto de las Leyes Generales de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares e Instituciones de Seguros, que tienen como propósito colocar a las Instituciones de Fianzas un nivel de igualdad a la de cualquier otro sujeto de los señalados en la Ley General del Timbre.

Por lo que las operaciones de Fianzas y con las que con ellas se relacionen, que realicen las Instituciones de Fianzas, así como los ingresos y las utilidades que por los mismos conceptos obtengan, no podrán ser gravados en forma alguna por los Estados, Municipios y Distrito Federal.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Dentro de las últimas adiciones y reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas encontramos la del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de enero de 1990, que entraría en vigor a día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en donde se deroga el Reglamento que establece las bases para calcular el límite de las Responsabilidades de fianzas, del 12 de noviembre de 1957, publicado en el Diario Oficial de la Federación del mismo mes y año. Por lo que respecta a la inspección y vigilancia de las Instituciones de Fianzas, así como de las demás personas y empresas a que se refiere la misma Ley, menciona que esta seguirá a cargo de la Comisión Nacional Bancaria, hasta en tanto no entre en funciones la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En cuanto al Reglamento Interior y el Reglamento de Inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros serían aplicables a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas hasta en tanto no se expidiese el Reglamento Interior y el Reglamento de Inspección y Vigilancia de la Comisión de Seguros Y Fianzas.

En la exposición de motivos de las Reformas y adiciones a la Ley, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1993, encontramos dentro de los objetivos primordiales la modernización de los intermediarios financieros no bancarios, que demanda una revisión continúa del marco legal que los rige, a fin de ampliar los procesos de autorregulación, flexibilización, simplificación y desregulación administrativas, proponen la práctica de operaciones

ANALISIS DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA CON RELACION AL REAFIANZAMIENTO

con entidades del exterior, así mismo que puedan organizarse y operar instituciones que se dediquen exclusivamente a practicar la operación de reafianzamiento, en apoyo del afianzamiento directo.

Se abre la posibilidad para que las instituciones de fianzas puedan contratar reafianzamiento con las entidades del exterior sin que necesariamente tengan primero que hacerlo con las instituciones del país.

Por lo que respecta a los procedimientos de reclamación de las fianzas ahora se puede convenir libremente con los solicitantes, fiado, obligados solidarios o contrafiadores, procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros para resolver sus controversias y la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación otorgadas a su favor.

CAPITULO SEGUNDO:

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA".

- a) La institución denominada fianza.
- b) La fianza como figura del derecho civil.
- c) Diferencia entre fianza civil y fianza mercantil.
- d) Diversas clases de fianzas.
- e) Concepto de reafianzamiento.
- f) Concepto de cofianzamiento

INTRODUCCION.

En este segundo capítulo, nos empezaremos a familiarizar con los conceptos fundamentales de la fianza tanto civil como mercantil, explicaremos cada uno de los diversos ramos de fianzas, que son comercializados por las diferentes compañías afianzadoras del país, así como también estudiaremos cada una de las obligaciones que se pueden garantizar con cada tipo de fianza", por otra parte, empezaremos a tratar el tema del reafianzamiento y coafianzamiento, para así tener una idea clara de estos conceptos para tratarlos a fondo en el último capítulo.

a) LA INSTITUCIÓN DENOMINADA FIANZA.

Podemos decir que la fianza es una obligación por medio de la cual una persona llamada "fiadora" mediante el cobro de una "prima" asume responsabilidades ante otra llamada "beneficiaria", por la deuda obligación o conducta de una tercera persona llamada "fiada".

Debe tenerse presente, que una noción clara de lo que es la fianza de empresa, se establecerá en el transcurso de este capítulo, estableciéndose una diferencia en lo corresponde al Derecho Administrativo, por ser materia de la respectiva Ley contra, la que a su vez deberá ser depurada de toda norma de Derecho Privado que sólo debe existir en los ordenamientos respectivos.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

Con tal noción se pretende que no eludir en los errores en que generalmente se incurre, cuando se tiene que extraer ese concepto de la Ley Administrativa que rige a las afianzadoras, y parte del Código Civil para el Distrito Federal y por la otra, mediante el examen y coordinación recíprocos que lleve a una interpretación adecuada, para tanto determinar los elementos esenciales específicos del contrato, así en cuanto a sus caracteres.

Por lo cual opino, que en cierta parte esté limitado el concepto de Fianza de Empresa.

Dándose así en la presente tesis profesional una noción de lo que es la fianza de empresa, al hablar de su concepto.

Al relacionar el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal, se puede lograr una definición que puede ser aceptable para la fianza de empresa.

La definición contenida en el artículo 2794 del Código Civil vigente, que a la letra dice: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

b) LA FIANZA COMO FIGURA DEL DERECHO CIVIL.

Independientemente que sea buena o mala la definición de la fianza del Derecho Civil, es inadecuada para la de empresa, por lo siguiente:

A mi juicio, se da a entender, que el texto del citado artículo y sosteniendo en gran parte por la doctrina, que la fianza sólo se puede contratar entre el fiador y acreedor, mientras que la Fianza de Empresa es contratada generalmente entre la compañía fiadora y el deudor principal, o sea el fiado, sin que en el contrato intervenga el acreedor, quien juega un papel de tercero beneficiario de la estipulación entre los contratantes.

Lo anterior se puede corroborar, con lo que se desprende de la jurisprudencia 107 (Quinta Época), visible a página 139, sección primera, 2a Sala apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965, cuyo rubro y texto, son del tenor siguiente:

"FIANZA, NO PUEDE SER CREDITO FISCAL EL DERIVADO DE UNA. Este contrato bilateral y oneroso denominado Fianza de Empresa, nunca se concierta entre la fiadora y la Hacienda Pública. Esta nunca llega con la Institución de Fianzas a un acuerdo de voluntades, en virtud de la cual la Compañía asuma la obligación de Fiadora y el Fisco la contraprestación consistente en el pago de la prima. Ese acuerdo de voluntades que hace nacer la obligaciones recíprocas, se efectúa entre la fiadora y el fiado, estipulante de la

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

fianza. Por eso, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho, en estos casos, el Estado, con el nombre de Fisco, o de Hacienda pública, es un mero beneficiario de una pura relación contractual, pero respecto de la cual no es parte contratante, sino un tercero".

En relación a lo anterior, el maestro Luis Ruíz Rueda como ejemplo menciona: "La Tesorería de la Federación no contrata con las Compañías Fiadoras ni adquiere para con ellas obligación alguna de pagarles las primas, como contraprestación de la fianza onerosa, sino que únicamente adquiere en derecho que nace del contrato estipulado a su favor. Esta situación se hace mas patente, al examinar el formulario de propuesta que firma el fiado, la póliza que es la notificación escrita de la fiadora al tercero beneficiario. La redacción misma de la póliza impide confundirla con la propuesta del contrato oneroso".(7)

En suma, el contenido del articulado del Código Civil, que al reglamenta la estipulación a favor de tercero, establece que ésta es un acuerdo unilateral de voluntad, que se hace mediante un contrato con estipulación para tercero, cuyo efecto inmediato y directo es hacer nacer el derecho del tercero desde que se perfecciona el contrato a su favor.

7.- RUIZ RUEDA LUIS. La fianza de empresa a favor de tercero. México 1956, Cap I, pag 30.

Esta clasificación de una especial forma de contratar, como declaración unilateral de voluntad, a pesar de ser un acuerdo de voluntades, es notoriamente una contradicción, algo que si se opone a la razón, puesto que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; cosa que atribuye únicamente al Código Civil, que al reglamentar una forma de contratación, es decir, el acuerdo de voluntades, lo hace en un capítulo denominado de la declaración unilateral de la voluntad.

La explicación es obvia: los Códigos son ordenamientos legales es decir, colección de normas jurídicas, pero no tratados de derecho y cuando el legislador se sale del marco normativo, para invadir el normativo, para invadir el doctrinario, muchas veces se contradice y aun llegar al absurdo, como es el de llamar declaración unilateral de voluntad a lo que es un acuerdo de voluntades.

c) LA DIFERENCIA DE LA FIANZA CIVIL Y FIANZA MERCANTIL.

La regla indispensable para suplir algunos defectos, es decir para resolver los problemas derivados de la imperfección de la obra humana, nunca puede ser considerada como medio para suprimir casi en su totalidad, la reglamentación de los contratos mercantiles nominados y dejarlos sometidos al régimen del derecho civil, aunque se trate de figuras afines, pero cuya naturaleza es diferente, como es el caso de la fianza. (8)

8.- GUTIÉRREZ, J. M. Las Instituciones de Fianzas, Memoria de la Décimo Cuarta Conferencia Hemisférica de Seguros, Washington, s/f., Seguros y Fianzas de Venezuela, Caracas, 1985, Págs. 343 y 343. La Fianza de Empresa a Favor de Tercero, Caracas, 1987; Décimo Séptima Conferencia hemisférica de Seguros, efectuada en Caracas en 1987. Publicada en la Revista Mexicana de Seguros, correspondiente al mes de febrero de 1987, Págs 7, 8, 9 Y 10.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

El régimen de la fianza del derecho común descansa en gran parte en el carácter unilateral, gratuito y ocasional de este contrato. Esto sirve precisamente de base a una mayoría de normas aplicables a la fianza civil, la cuales imprimen a su vez un sello inconfundible a su reglamentación.

En cambio, la fianza de empresa es por su naturaleza, bilateral, onerosa y de expedición sistemática, habitual o en otros términos, es otorgada profesionalmente, al grado de constituir el objeto propio y exclusivo de las sociedades mercantiles afianzadoras. Por ello es también un contrato de adhesión, ya que la producción en serie sólo es posible con un clausulado uniforme para cada uno de los tipos de fianza que se otorguen.

Su régimen tiene que asentarse en base o principios que sirvan de punto de partida para alcanzar por caminos divergentes, metas distintas que persigue el legislador del Derecho Civil.

La Fianza de Empresa, como variedad del mismo género de la fianza del Derecho Civil, deberá tener con ésta puntos de contacto de mucho relieve, sin que por ello pueda confundirse su reglamentación respectiva.

Al no determinarse con claridad los elementos esenciales específicos del contrato mercantil, de una manera indirecta puede precisarse mediante el examen de la Ley Administrativa del control de las Afianzadoras, a la cual prácticamente se hace una remisión al

decir que sólo se aplicará a las afianzadoras . La contraprestación del estipulante de la fianza, ósea el pago de la prima, no se menciona en particular, ni tampoco puede adivinarse tal requisito del contenido de todos ellos.

Por ello al examinar a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, permite esclarecer que la fianza a que se refiere el Código de Comercio, necesariamente debe ser onerosa, puede también en la misma forma, concluirse que estas fianzas son de otorgarse por las sociedades anónimas afianzadoras, cuyo único objeto es el afianzamiento sistemático y a título oneroso, y para llegar a dilucidar en qué consiste la prestación del fiador, hay que ir al Código Civil donde se define el contrato de fianza en el artículo 2794, como aquél por el cual el fiador se compromete a pagar por la deuda ajena.

La Ley Administrativa citada, pone también de relieve que la fianza de empresa se contrata por regla general, a favor de tercero, que es el acreedor; regla que es absoluta tratándose de fianzas fiscales y de fianzas judiciales, independientemente que se otorguen el materia civil o penal.(9)

Lo que hay que hacer notar es que la Fianza del Derecho Civil se establece por la Ley de los Beneficios de orden y exclusión que se pueden renunciar por el fiador, como es practica casi invariable.

9.- RUIZ RUEDA LUIS. La Fianza de Empresa a Favor de Tercero, Librería de Manuel Porrúa, México. 1980, Cap. I. sección V., Págs. de la 56 a la 60.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

Estos beneficios que exigen demandar primero al fiado incumplido y hacer exclusión de sus bienes, para entonces poder demandar al fiador por la parte insoluble, viene a hacer de la obligación del fiador no sólo una accesorio, sino prácticamente además, una subsidiaria de la principal.

Pero la Fianza de Empresa desde que se importó a México en 1895, cuando era un contrato todavía inominado, se ha otorgado entre nosotros, sin los beneficios de orden y exclusión, De ahí que en 1942, al formular la iniciativa de la que fue después la Ley de Instituciones de Fianzas, hoy abrogada, incluyera la siguiente regla que no hacía mas que recoger una arraigada y laudable costumbre de contratación; que era también relativa a los beneficios de orden y exclusión.

En otras épocas se llegó a pretender que la obligación del fiador era en si misma condicional "en el sentido de que el fiador no puede ser demandado en juicio sino cuando la exclusión del deudor no haya permitido al acreedor satisfacerla".

Se consideraba que ese pretendido carácter derivaba de la definición misma de la fianza, en virtud de la cual el fiador sólo estaba obligado a pagar por el fiado, si éste no pagaba. Era ésta la condición suspensiva de carácter negativo, que solamente podía ser comprobada mediante la exclusión.

Ahora bien, si tradicionalmente el fiador empresario no goza de ellos y así lo establecen tanto la Legislación vigente como la que se proyecta, es obvio que en la definición de la fianza de empresa debe evitarse cuidadosamente ese apéndice que aparece condicionar suspensivamente la existencia de la obligación accesoria del fiador a que el deudor principal o fiado, no haya pagado la suya.

Con lo que se afirma que la fianza de empresa carece de los beneficios de orden y exclusión, así como necesariamente tiene que ser onerosa.

d) DIVERSAS CLASES DE FIANZAS.

INTRODUCCION.

Son muchas las obligaciones que se pueden garantizar con una fianza, por lo que tradicionalmente se ha aceptado la clasificación de ellas atendiendo a su naturaleza en cuatro ramos: Ramo I. Que corresponde a la "Fianza de Fidelidad"; Ramo II. "Fianzas Judiciales"; Ramo III. "Fianzas Diversas y Administrativas"; Ramo IV. "Fianzas de Crédito".

Actualmente el mercado de fianzas es más competitivo y cada día las empresas afianzadoras buscan dar un mejor servicio a sus clientes, esto es un servicio integral en materia de riesgos; por lo general los dueños de empresas, que se dediquen a cualquier rama de la industria, aseguran su inversión con alguna póliza de seguro,

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

con lo que sus bienes, sus materiales y las personas que trabajan para él se encuentren debidamente aseguradas, pero por lo regular no tienen seguridad en cuanto a los malos manejos de sus empleados, es por esto que las compañías afianzadoras manejan una póliza de fianza llamada de "fidelidad", primer ramo que en el presente trabajo mencionaremos.

Anteriormente se explicó lo necesario a lo que debe entenderse por fianza; de acuerdo con el primer ramo, la fianza de fidelidad, es el instrumento de Protección Patrimonial y garantiza la reparación o pago por parte de la Compañía Afianzadora, de los daños sufridos por el patrón, que provengan de conductas delictuosas cometidas por uno o varios de sus empleados, como puede ser: Robo, Fraude, Abuso de confianza, esta fianza puede revestir cualquiera de estas formas: Individual, Fianza de Cédula, Global, Fianza de Exceso a la Global, Fianza Combinada y Monto Único para Vendedores.(10)

En la primera de ellas, se garantiza el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de "un empleado" ya sea administrativo o de ventas, lo que quiere decir que entre otras cosas sus principales características es que es personal, afianza a los empleados considerados como de alto riesgo, se otorga una póliza para cada uno de los empleados, se requieren para el otorgamiento de este tipo de fianza garantías de recuperación.

10.- MOLINA BELLO MANUEL. Fianzas de Fidelidad, Manual ed. por Crédito Afianzador, S.A.

La "Fianza Cédula" sirve para garantizar el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de uno o mas empleados administrativos o de ventas. La fianza de cédula es propiamente un conjunto de fianzas individuales que por razones prácticas se reúnen en un sólo documento. Cada uno de los caucionados, tienen señalada una cantidad que significa el monto hasta por el cual queda obligada la institución.

El importe total de este tipo de fianzas puede exceder y con mucho al margen de operación, pero no existirá la obligación de recurrir al reafianzamiento con otras instituciones, mientras las responsabilidades individuales no sean mayores al citado margen.

La "Fianza Global", es aquella que sirve para garantizar el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de uno o varios empleados administrativos de una empresa, ampara los manejos de empleados de mayor jerarquía hasta el de menor categoría, esto es, cubre a todo el personal de una empresa; de manera que cuando uno de ellos incurre en un delito de los llamados de infidelidad patrimonial, la compañía afectada puede reclamar hasta el monto de la póliza y la afianzadora deberá cubrir el total de la responsabilidad sin interesar si el delito lo llevó a cabo uno o varios de los fiados. En este tipo de fianza si opera el reafianzamiento pero solo por el excedente del margen de operación de la institución.

La "Fianza de exceso a la global", es una fianza individual o cédula de carácter complementario a una fianza global y cuyas características son las siguientes: Su vigencia es igual a la global, tiene un monto adicional para él o los empleados para quienes se les contrata esta fianza y por último se puede considerar como una fianza adicional.

La "Fianza Combinada", sirve para garantizar el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de uno o varios empleados, que obedecen a necesidades muy específicas de afianzamiento, estos empleados pueden ser administrativos o de ventas, y dentro de sus principales características tenemos que se afianza de once empleados en adelante, opera con un deducible del 10% sobre pérdidas, opera con un tope máximo a pagar en caso de reclamación y existe rehabilitación sobre el tope máximo.

Por último tenemos la fianza denominada "Monto Único para Vendedores", con esta modalidad, se garantiza el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de uno o varios vendedores, similares o comisionistas de una empresa, y dentro de sus principales características encontramos entre otras que es sólo para vendedores, que tiene un solo monto para todos, sin que sea acumulativo y opera con deducible sobre pérdida.

Dentro de las clases de fianzas que encontramos en el ramo de Fidelidad existen diversos hechos que no ampara dicha fianza como lo son: Hechos delictuosos del empleado, ocurridos antes

o después de la vigencia de la fianza, pérdidas coaccionadas por el beneficiario, por duplicidad de funciones en el empleado, el mal uso de una tarjeta de crédito empresarial, pérdidas misteriosas que no puedan atribuirse ni probarse a cargo de alguno de los afianzados o bien por créditos de cualquier naturaleza que el patrón haya concedido al afianzado.

La fianza de fidelidad generalmente es por tiempo limitado, toda vez que señala en el cuerpo mismo de la póliza el periodo de vigencia a cuyo término opera la extinción de la fianza, independientemente de que se hubiere presentado una reclamación en tiempo.

En cuanto al procedimiento de reclamación de las fianzas de fidelidad ante la Compañía Afianzadora que las expidió es el siguiente: Primero; se debe dar aviso a la Compañía Afianzadora por escrito del ilícito ocurrido dentro de los diez días naturales siguientes al descubrimiento del mismo, segundo; se debe presentar copia certificada de la denuncia y elementos comprobatorios dentro de los treinta días siguientes a la presentación del aviso preventivo a que se hizo mención en el punto anterior y por último, el pago por parte de la Compañía Afianzadora dentro de los treinta días siguientes a partir del día en que se proporcionó la documentación citada.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

El siguiente ramo a estudiar es el ramo conocido como el de las fianzas Judiciales, estas son aquellas que se exhiben dentro de algun procedimiento de tipo judicial, existen determinadas obligaciones que se tienen que garantizar de las siguientes maneras, por medio de deposito, hipoteca o fianza, el uso del depósito es poco común toda vez que es difícil reunir cierta cantidad de dinero para poderlo exhibir en un procedimiento judicial, el de la hipoteca también es poco usado por los trámites que son tardados para poder, dar en garantía un bien inmueble, lo más práctico es garantizar cualquiera de las obligaciones que se deriven de un procedimiento judicial, con una póliza de fianza.

Se entiende por fianza judicial aquella que exige un juez o una autoridad judicial a alguna de las partes dentro de un procedimiento judicial.(11)

Dentro de las generalidades de este ramo podemos citar las siguientes: Se deriva de un procedimiento judicial, El monto es siempre determinado por un juez u otra autoridad judicial, para la expedición de las fianzas judiciales se requiere de garantías de recuperación al dos por uno, la cancelación de este tipo de fianzas es por autorización del beneficiario y por cancelación automática, en el caso de pensiones alimenticias.

Las fianzas judiciales se dividen por materia como lo son:

- a) Civil.
- b) Mercantil.
- c) Familiar.
- d) De Arrendamiento Inmobiliario.
- e) De lo Concursal.
- f) Penal.
- g) De amparo.

Es importante señalar algunos casos, en los que se presenta la fianza de las materias antes señaladas.

a) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.

En algunos casos los Jueces Civiles exigen a una de las partes en un juicio, la exhibición de una fianza, con el objeto de que queden garantizados los DAÑOS Y PERJUICIOS que se le puedan ocasionar a una de las partes en un juicio.

La fianza la puede requerir un Juez, en providencias precautorias, o bien para ejecutar una sentencia o suspender su ejecución.

b) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA MERCANTIL.

En esta materia existen varias figuras jurídicas donde es utilizada la fianza, tal es el caso de las providencias precautorias,

levantamiento de embargos, también suele presentarse la figura de la fianza en la ejecución o no de una sentencia.

c) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA FAMILIAR.

Veamos algunos casos en los cuales se presenta la fianza.

En el orden familiar quizás la fianza más conocida, es la que se otorga para garantizar los alimentos de los menores; estos alimentos se derivan en virtud de la disolución del vínculo matrimonial, en juicios de divorcio voluntario o necesario o inclusive en juicios especiales de alimentos.

En estos casos el juez exige al deudor alimentario una fianza que garantice precisamente los alimentos del o de los menores.

Este tipo de fianzas por regla general tiene vigencia de un año y es de cancelación automática.

También en los juicios testamentarios e intestamentarios se presenta la fianza cuando los herederos o sucesores solicitan al juez que su ALBACEA otorgue fianza para garantizar los manejos como tal.

En ocasiones los tutores, también exhiben una fianza para garantizar los buenos manejos de los bienes de sus pupilos.

d) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO:

Este tipo de fianza garantiza en todos los casos los daños y perjuicios. Generalmente los juicios de arrendamiento suelen ser muy tarados y esto obedece a que los arrendatarios ofrecen pruebas testimoniales que deben ser desahogadas fuera de la circunscripción territorial en donde se este llevando a cabo el juicio respectivo. En esta hipótesis el juez puede exigir al demandado, previa solicitud del actor, que garantice con una fianza los posibles daños y perjuicios que le puedan ocasionar al actor, esto a efecto de admitir dicha probanza.

También se puede presentar fianza de esta índole que garantice los daños y perjuicios con motivo de la ejecución de una sentencia, en un juicio Especial de Desahucio.

e) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA DE LO CONCURSAL:

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos regula estos aspectos, así como los relativos al juez de lo concursal y al síndico.

Estos dos elementos son muy importantes en las empresas que están el quiebra ya que el juez tiene facultades muy importantes en ellas y de las cuales podemos citar las siguientes:

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

I.- El juez de lo concursal, autorizará los actos de ocupación de todos los bienes, documentos y papeles del quebrado concernientes a su empresa.

II.- Nombrará a todo el personal y profesionistas necesarios en interés de la quiebra.

III.- Realizará la dirección, vigilancia y gestión de la quiebra, así como el nombramiento y remoción del síndico.

El síndico al igual que el juez es parte medular de la administración de la empresa fallida, toda vez que la ley en cuestión considera al primero como un auxiliar en la administración de justicia.

El nombramiento del Síndico recaerá en alguna de las siguientes personas:

- 1.- Instituciones de Crédito.
- 2.- Cámaras de la Industria y del Comercio.
- 3.- Comerciantes Sociales o Individuales, debidamente inscritos en el Registro Público del Comercio.

El síndico al recibir su nombramiento, deberá otorgar fianza suficiente a juicio y a responsabilidad del Juez de lo Concursal, dentro de los quince días siguientes a su nombramiento, ya que de lo

contrario será removido; los gastos y primas que origine la constitución y sostenimiento de la fianza será con cargo a la masa de la quiebra. Dicha fianza deberá garantizar los buenos manejos del síndico.

f) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA PENAL.

Las fianzas de este tipo, tienen distintos objetivos, entre ellos el de facilitar la libertad de los acusados mientras se falla el proceso. Se otorgan a personas que hayan demostrado una solvencia moral, que no sean reincidentes habituales y que no constituyan un peligro para la sociedad, como lo son los delitos contra la salud.

Por otra parte, todas y cada una de las fracciones que integran el artículo 20 Constitucional, constituyen otras tantas garantías otorgadas a los individuos acusados de algún delito. Que a la letra dice:

"Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que el delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin mas requisito que poner la suma de dinero

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la Autoridad Judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción equivalente durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido a los daños y perjuicios causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

Como vemos la fianza garantiza, la no sustracción del reo a la acción de la justicia, así como la reparación del daño.

Dentro de este tipo de fianzas podemos encontrar la que garantiza la condena condicional, este beneficio se otorga a los condenados para que puedan comparecer fuera de los centros de readaptación social o de las penitenciarias, es decir, con la exhibición de esta fianza, podrán gozar de su libertad en lugar de estar reclusos; dicha fianza garantiza la no sustracción del reo de la acción de la justicia y a la reparación del daño.

Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá:

- 1.- Otorgar Fianza.
- 2.- Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse.
- 3.- Reparar el daño causado.
- 4.- Que la condena no exceda de dos años de prisión.
- 5.- Abstenerse de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes
- 6.- No reincidir en cualquier otro delito.

La vigencia de este tipo de fianzas tendrá una vigencia de tres años y medio.

Otro de los casos es en la Libertad Preparatoria, este beneficio se otorga a los sentenciados que han cumplido en presidio tres quintas partes de su condena, tratándose de delitos intencionales, o bien la mitad de la misma para el caso de los delitos imprudenciales, siempre que el condenado otorgue fianza suficiente

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

que garantice la reparación del daño si no lo ha hecho, así como la no sustracción del reo a la acción de la justicia.

El reo además deberá reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Que no reincida.
- 2.- Que haya reparado el daño o que se obligue a repararlo.
- 3.- Residir en el lugar que se le determine.
- 4.- Desempeñar algún modo honesto de trabajo.
- 5.- Abstenerse de ingerir bebidas embriagantes y estupefacientes.

La libertad preparatoria, no se concederá a los condenados que hayan realizado la comisión de un delito contra la salud ni a los reincidentes.

g) FIANZA JUDICIAL EN MATERIA DE AMPARO.

Este tipo de fianzas deberá ser exhibida en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito, según sea el caso.

La fianza deberá ser exhibida por el quejoso, garantizará los daños y perjuicios causados al tercero perjudicado con motivo de la suspensión provisional o definitiva concedida en el juicio de amparo, así mismo el tercero perjudicado puede exhibir una contragarantía

para que se lleve acabo el cumplimiento para dejar sin efectos la suspensión provisional o definitiva, esta fianza deberá ser exhibida ante la autoridad respectiva, a fin de que surta sus efectos.

La importancia que esta tomando el Sistema Afianzador Mexicano, es en gran parte debido al crecimiento de todos los giros empresariales, ya que con el transcurso de los días, sus necesidades son mas amplias y mas específicas, es por esto y para garantizar esas necesidades las empresas de fianzas cuentan con pólizas de fianza adecuadas, dentro del ramo que se explicara a continuacion encontraremos las fianzas diversas, y las administrativas

En cuanto al Ramo III encontramos las "Fianzas Diversas y Administrativas, en este tercer ramo existen solicitantes y beneficiarios que en forma habitualmente requieren y exigen fianzas, tal es el caso de: Contratistas de Obra, Proveedores, Arrendadores, Contribuyentes, Permisionarios, Aerolíneas, etc..

En todos los casos, cuando se participa en una construcción, el Reglamento de la Ley de Obra Pública exige al constructor, a través del beneficiario de la obra, algunas garantías como lo son: el Cheque y la Fianza.

Cuando la garantía consiste en fianza, el beneficiario de la obra, la podrá exigir los siguientes tipos de fianza:

CONCURSOS.

Este tipo de fianza garantiza la seriedad de las proposiciones o cotizaciones de los concursos que celebren las dependencias. El proponente o contratista, deberá entregar una garantía otorgada por institución de fianzas debidamente autorizada, para poder participar en el concurso (Artículo 24, Reglamento de la Ley de Obra Pública).

La entidad Administrativa o Convocante conservará en custodia las garantías hasta la fecha en que se de a conocer el fallo, las cuales serán devueltas a los concursantes, excepto aquella a quien se haya adjudicado el contrato, la que tendrá hasta que el contratista constituya la garantía del cumplimiento del contrato correspondiente.

El monto de la fianza equivale al 5% del importe total de la cotización.

ANTICIPO.

Esta fianza garantiza la correcta inversión o devolución total o parcial del anticipo otorgado al contratista para el inicio de la obra, compra de materiales y equipo.

El artículo 25 del reglamento de la Ley de Obra Pública, que a la letra dice:

"Los contratistas garantizarán a las dependencias el o los importes que por concepto de anticipos otorguen de conformidad con lo pactado en el contrato correspondiente y se ajustarán a lo siguiente:

1.- La garantía será por la totalidad del monto concedido y se constituirá mediante fianza otorgada por institución de fianzas debidamente autorizada..."

El monto de la fianza se determinará atendiendo al porcentaje de anticipo concedido, prescrito en el contrato de obra, que generalmente es de 20% al 50% del importe total del contrato.

CUMPLIMIENTO

Este tipo de fianza garantiza el debido cumplimiento del contrato de obra, tanto en la correcta ejecución como la oportuna entrega del trabajo encomendado.

"La garantía que se otorgue a la dependencia para el cumplimiento del contrato se ajustará a lo siguiente:

1.- Se constituirá fianza por el 10% del importe de la obra contratada, mediante póliza de institución autorizada..."

BUENA CALIDAD.

Esta fianza garantiza buena calidad, de conformidad con las especificaciones estipuladas en la cotización y contrato de obra, así como de la corrección de defectos que pudieran aparecer en el período de garantía.

El artículo 26, Fracción III, del Reglamento de la Ley de Obra Pública., que a la letra dice:

"La vigencia de la garantía será de un año contado a partir de la fecha de terminación del trabajo, la que se hará constar en el acta de recepción formal de los mismos, al término del cual, de no haber inconformidad de la dependencia, la institución de fianzas procederá a su cancelación automática".

Los conceptos afianzables antes descritos, serán otorgados ante la Tesorería Local o de la Federación según sea el caso y se requiere como documento fuente, el contrato de obra.

ARRENDAMIENTO PURO.

Esta figura jurídica puede ser de dos formas.

- a) Arrendamiento de bienes inmuebles.

- b) Arrendamiento de bienes muebles.

En ambos casos se puede exigir una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato respectivo.

a) Arrendamiento de bienes inmuebles.

En este caso se le exige una fianza al arrendatario para que garantice el pago de las rentas derivadas del arrendamiento de algún inmueble.

Esta fianza fue creada para garantizar los intereses de los arrendadores de inmuebles, principalmente de casas habitación, bodegas, locales comerciales e industriales. El monto de la fianza será por la suma de las mensualidades de la renta a cobrar consignadas en el contrato de arrendamiento, que generalmente es de doce mensualidades. También se puede garantizar el pago de otros conceptos, tales como el servicio de luz, agua, teléfono, los cuales pueden ser incluidos en la misma póliza.

El documento fuente que se requiere para expedir la fianza es el contrato de arrendamiento puro.

b) Arrendamiento de Bienes Muebles.

En este caso, se garantiza el pago de las rentas derivadas del arrendamiento de maquinaria y equipo así como su devolución.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

Esta fianza fue creada para proteger los intereses de los arrendadores de maquinaria o de equipo, del incumplimiento de sus arrendatarios, que principalmente son aquellos que se dedican a la industria y a la construcción.

El monto de la fianza se determina con la suma de las mensualidades, por el periodo a afianzar. al igual que la fianza de bienes inmuebles, se requiere como documento fuente el contrato de arrendamiento puro.

FIANZAS DE INTERÉS FISCAL.

En este grupo encontramos diversas fianzas que garantizan el pago de Créditos Fiscales derivados de algún procedimiento de inconformidad promovido por los contribuyentes en contra de diversas autoridades fiscales. Dichas inconformidades se pueden presentar en contra de supuestas diferencias derivadas de pagos de impuestos, derechos, cuotas, multas, etc., Pudiendo ser de carácter Federal, Estatales o Municipales.

a) Impuestos.

Cuando una persona física o Jurídica es requerida por diferencias de impuestos en cualesquiera de sus modalidades y se presume que el fisco no tiene la razón, puede promover un recurso de inconformidad, ante la misma autoridad que le requirió, la cual exigirá una fianza al contribuyente que garantice el pago de los créditos

fiscales hasta que se resuelva el recurso de inconformidad en definitiva.

b) Derechos.

En este caso se presenta la misma circunstancia que la anterior, pero en situaciones derivadas de diferencias de pago de agua y de derechos prediales.

c) Cuotas.

En este subgrupo las fianzas se derivan de la falta de pago o diferencias de aportaciones al INFONAVIT o de cuotas obrero patronales al IMSS. En este caso, las citadas autoridades requieren de pago a las empresas que deban cumplir con estas aportaciones y que no lo han hecho adecuadamente, o bien que se considere infundado el requerimiento, en tal virtud se puede presentar el recurso de inconformidad ante estas autoridades, las cuales exigirán fianza a los recurrentes para garantizar el pago de los supuestos créditos fiscales.

d) Multas.

En este caso, también se presenta inconformidad ante la autoridad que multó a la persona jurídica, en lo relativo a pesos y medidas. Cuando la persona presume que la multa es improcedente e infundada, podrá inconformarse y tendrá que exhibir fianza que

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

garantice el pago del crédito fiscal, y podrá eximirse del pago siempre que la resolución sea a favor del inconformado.

En estos cuatro incisos, el monto de la fianza será por el 100% del crédito determinado por la Autoridad Fiscal, mas recargos y actualizaciones según el caso.

En estos casos el documento fuente para poder expedir estos tipos de fianza es el escrito de inconformidad.

e) Convenios de Pagos en Parcialidades.

Cuando un contribuyente ha reconocido un crédito fiscal y al no tener liquidez en su empresa, puede negociar con el fisco Federal o Local que dicho crédito sea pagado en parcialidades.

Una vez que la solicitud del contribuyente es aprobada, la autoridad fiscal le exige una fianza que garantice el pago puntual del crédito reconocido en parcialidades.

El monto de la fianza será por el 100% del crédito reconocido por el contribuyente. El documento fuente para el otorgamiento de la fianza, es el convenio que celebren la autoridad Fiscal y el Contribuyente.

f) Enajenación de Inmuebles:

Cuando una persona desea vender un inmueble, debe pagar los impuestos relativos a la venta; sin embargo, esta persona puede estar exenta del pago de estos impuestos, siempre y cuando el importe de la enajenación se invierta en el territorio nacional, en la adquisición o construcción de casa-habitación en la que establezca su domicilio, además que el contribuyente haya habitado el inmueble cuando menos los últimos dos años anteriores a la enajenación.

El documento fuente para este tipo de fianza, es la solicitud que se presente ante la Administración Fiscal Federal, a la cual deberá comprobar dentro del año siguiente, la adquisición del nuevo inmueble.

El monto de la fianza será por el 100% del impuesto sobre la renta, determinada por el notario, que incluya recargos e intereses.

También encontramos en el ámbito fiscal, fianzas de clausura o baja de actividades con Hacienda:

Cuando una persona Jurídica decide cerrar o dar de baja su negocio, la autoridad hacendaría le exige al contribuyente una fianza que garantice que estuvo al corriente en el pago de sus impuestos. Dicha fianza garantiza el pago de diez años anteriores al cierre del negocio para evitar que el crédito fiscal prescriba.

El documento fuente para la expedición de la fianza, es el formato de baja que expida la autoridad fiscal.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

A manera de introducción iniciare por comentar que es un crédito. Es una operación por medio de la cual se otorga en préstamo una determinada cantidad de recursos a un plazo determinado, con la promesa del pago total del monto principal de los intereses que de éste deriven.

FIANZAS DE CRÉDITO.

El crédito en la actualidad, se ha convertido en un elemento fundamental e importante para el desarrollo económico del país.

Para las Instituciones financieras de nuestro sistema son considerados sujetos de crédito aquellas personas físicas o morales que cuenten con solvencia, pero sobre todo aquellas que otorgen garantías que respalden en monto de las operaciones mas sus accesorios.

Por otro lado, como es de nuestro conocimiento, existen diversos compromisos de contenido económico que deben ser garantizados en su cumplimiento a través de una fianza de empresa, de aqui que la fianza sea un valioso instrumento de apoyo en el desenvolvimiento y desarrollo de las actividades económicas del país. Como también es de nuestro conocimiento, cada día es mas generalizado el uso de la fianza de empresa, pues brinda seguridad a todo genero de relaciones contractuales legalmente establecidas y que pueden estimarse en dinero. Así tenemos que puede ser objeto

de fianza de empresa cualquier obligación de tipo mercantil, fiscal, administrativa y judicial, asicomo las relacionadas a la fidelidad de los empleados al servicio de una empresa.

Dentro de este orden de ideas, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público autorizó el 24 de agosto de 1990, a las instituciones de fianzas, la expedición de fianzas de crédito, que garanticen el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de una determinada suma de dinero.(12).

Es una póliza que garantiza el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el pago de una determinada suma de dinero; no obstante la fianza de crédito no es un aval, una carta de crédito, un seguro de crédito, un crédito o un título de crédito.

ANTECEDENTES DE LA FIANZA DE CRÉDITO.

Dentro de los principales antecedentes de este cuarto ramo encontramos a diversas figuras que se venían usando, que implicaban el pago de una suma de dinero, pero que en estricto derecho no se podían considerar como un crédito, como por ejemplo:

La fianza de arrendamiento puro, que como ya hemos visto garantiza el pago de la renta derivados de contratos de arrendamiento.

12.-MOLINA BELLO MANUEL. La fianza de Crédito. Ed.. Crédito Afianzador, S.A.,1992,pág.6

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

La fianza de condóminos, es la que garantiza el pago de cuotas de mantenimiento de inmuebles en los que se ha constituido el régimen de propiedad en condominio.

Las fianzas de penas convencionales que surgen de un contrato; Fianzas que garantizan el pago de daños y perjuicios, derivados de algún procedimiento judicial, fianzas de interés fiscal que garantizan los convenios de pagos diversos en asuntos fiscales.

Dentro de este último ramo encontramos diversos tipos de fianzas que sirven para garantizar diversas operaciones como lo son:

1.- Operaciones de compra y venta de Bienes y Servicios o Distribución Mercantil.

2.- Créditos documentados en Títulos Inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

3.- Contratos de Arrendamiento Financiero.

4.- Contratos de Factoraje Financiero.

A continuación analizaré todos y cada uno de los conceptos en forma individual.

FIANZA PARA OPERACIONES DE COMPRA Y VENTA DE BIENES Y SERVICIOS.

Es un contrato en virtud del cual una de las partes llamada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de una cosa o un derecho a otro llamado comprador y éste se obliga a pagar por él un precio cierto y en dinero.

Cuando un vendedor realiza una venta a crédito, puede exigir a su deudor una fianza que garantice el pago derivado de dicha operación de compra venta de algún bien.

El mismo procedimiento se efectuará para las operaciones de compra venta de algún servicio.

En este caso el documento fuente para otorgar este tipo de fianza es el contrato de compraventa.

Dentro de sus principales características encontramos que primero que nada debe de existir alguna operación de compraventa de bienes o servicios, así como de que se transfiera la propiedad del bien, y que el comprador pague un precio cierto y en dinero.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL.

Es un contrato en virtud del cual una de las partes llamada distribuyente se compromete a entregar a otra llamada distribuidor,

una cantidad determinada de mercancías, a cambio de un precio cierto y en dinero en plazos y cantidades estipuladas en el mismo contrato.

Cuando un distribuyente o fabricante suministra mercancías a crédito a otra persona ya sea física o jurídica estará aquel en posibilidad de exigir una fianza que garantice el pago de tales mercancías en los plazos consignados en el contrato respectivo.

Para que la compañía Afiazadora pueda expedir esta fianza será necesario que exista un contrato de Distribución Mercantil como documento fuente, en este caso se debe de determinar el tipo de mercancía, cantidad y plazo de pago, así como que el precio pactado sea en dinero.

Si la mercancía no puede ser comercializada, por vicios o por no reunir los estándares mínimos de calidad, por causas ajenas al distribuidor, la mercancía deberá ser devuelta al distribuyente sin cargo a la fianza.

FIANZA ÚNICA ANTE PEMEX.

Esta fianza sirve para garantizar la compraventa de productos de Petróleos Mexicanos, así pues garantiza el incumplimiento de las obligaciones que adquieran los clientes de Pemex, relacionadas con el pago, dentro del plazo que les conceda, de los productos que se le vendan a crédito.

A través de una Póliza de fianza de este tipo se establecen las condiciones de la garantía para todos y cada uno de los clientes de Petróleos Mexicanos que se incorporen a dicha póliza.

En esta fianza única se podrá incluir a cualquier cliente de Pemex que reúna los requisitos, independientemente de la entidad federativa donde se encuentra domiciliado, el monto de la fianza se determinará por la suma de los documentos aceptados de todos y cada uno de los clientes incluidos en la póliza.

La afianzadora responderá hasta el importe de la garantía individual por cada cliente, que deberá ser igual al monto de la línea de crédito autorizada por Pemex.

Dentro de la línea de Crédito se incluirá la cantidad que determine Pemex por concepto de intereses moratorios que quedarán garantizados por la fianza.

FIANZA DE CRÉDITO QUE GARANTIZA EL PAGO TOTAL O PARCIAL DEL PRINCIPAL Y ACCESORIOS FINANCIEROS DERIVADOS DE CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN TÍTULOS INSCRITOS EN EL REGISTRO NACIONAL DE VALORES E INTERMEDIARIOS.

Antes de analizar este concepto, es necesario señalar que el sistema financiero de nuestro país, se deben aplicar diversos lineamientos de tipo legal entre los cuales se encuentran los relativos

a la emisión de valores y que los establece precisamente la Ley de Mercados de Valores y al Respecto dice, que los emisores que coticen en la Bolsa deberán encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. De dichos valores los que son susceptibles de garantizar con una fianza son los siguientes:

- Acciones
- Obligaciones
- Papel Comercial

ACCIONES

Es un valor que representa una parte alícuota del capital social de una empresa. Acredita los derechos de socio y su importe representa el límite de la obligación que contrae el accionista con la empresa y ante terceros.

Generalmente las grandes empresas inscriben sus acciones (valores) en la Bolsa Mexicana de Valores, para que éstas puedan colocarse entre el público inversionista a través de las Casas de Bolsa, siendo así un modo de adquirir financiamiento a largo plazo.

OBLIGACIONES

Son títulos de crédito que representan una parte proporcional de un crédito, concedido a una parte organizada como sociedad anónima. Estos títulos contienen la promesa de la empresa

emisora, de pagar a sus poseedores en los plazos establecidos una determinada cantidad por concepto de intereses, los cuales son calculados sobre el monto del capital señalado en los títulos y de restituir ese monto mediante amortizaciones convenidas.

Generalmente este tipo de financiamiento se realiza a largo plazo.

PAPEL COMERCIAL

Es un pagaré sin garantía específica, emitido por una empresa cuyas acciones están inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. El documento es un compromiso a pagar una cantidad y en una fecha determinada. Generalmente este tipo de financiamiento se realiza a corto plazo, que podrá fluctuar entre quince y noventa y un días, sin embargo el emisor puede renovar el documento en cada vencimiento por igual, mayor o menor cantidad, de acuerdo a sus necesidades.

La colocación de este tipo de financiamiento se cotiza por las Casas de Bolsa a descuento.

Las empresas emisoras que se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que desean algún financiamiento, acudirán a su Casa de Bolsa para la colocación en el mercado del Valor que corresponda.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

La Casa de Bolsa tiene la posibilidad de solicitar a su cliente, fianza que garantice el pago total o parcial del principal y accesorios financieros, derivados de los créditos documentados, vistos con anterioridad.

CARACTERÍSTICAS:

Los valores deberán estar inscritos en:

a) La sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

b) En la Bolsa Mexicana de Valores.

c) Deberán estar depositados en Indeval, S.A. de C.V.

FIANZA DE CRÉDITO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Es un contrato por medio del cual la arrendadora adquiere un bien y le concede el uso y goce temporal al arrendatario por un plazo y precio determinado, hasta que se le transfiera la titularidad del bien una vez cumplido el plazo y condiciones originales a un precio simbólico (Opción a compra).

Cuando la Arrendadora Financiera establece con uno de sus clientes un contrato de arrendamiento financiero, estará en

posibilidad de solicitar de aquel, una fianza que garantice el pago de la renta, para ejercitar posteriormente la acción de compra.

El documento Fuente que exige la afianzadora para poder expedir una fianza es el contrato de arrendamiento financiero y dentro de las características que debe contener dicho contrato son las siguientes:

a) El plazo inicial del contrato es considerablemente menor que la vida útil del bien, pudiendo ser ampliado.

b) El arrendatario tiene derecho, durante el plazo del contrato de adquirir el bien en propiedad mediante un pago considerablemente menor que el valor que tiene el bien al momento de ejercer la opción de compra.

c) Los bienes arrendados son en ocasiones de características especiales para satisfacer las necesidades del arrendatario.

d) Durante el período de arrendamiento, el arrendatario, paga los gastos inherentes a la conservación, mantenimiento, reparación, impuestos, seguros, fianzas, etc.

e) Las rentas pactadas cubren el valor del bien más intereses y gastos; por lo tanto, al finalizar el contrato se adquiere el bien en propiedad.

f) En el caso de que un arrendatario ceda sus derechos a otro, la fianza seguirá surtiendo sus efectos, siempre y cuando obtenga el consentimiento expreso de la Afianzadora, aun para ejercitar la acción de compra.

**FIANZA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE FINANCIAMIENTO
OBTENIDO A TRAVÉS DE CONTRATOS DE CRÉDITO
GARANTIZADOS CON CERTIFICADOS DE DEPÓSITO Y BONOS
DE PRENDA EXPEDIDOS POR UN ALMACÉN GENERAL DE
DEPÓSITO.**

El Almacén General de Depósito: es una Organización Auxiliar de Crédito, autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dedicada al almacenamiento, custodia y conservación de bienes y mercancías, con las facultades de expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, a través de los cuales se acredita la propiedad de las mismas mercancías y se hace posible el otorgamiento de un crédito prendario sobre las mismas.

Certificado de Depósito: Es el documento expedido por un Almacén General de Depósito, mediante el cual se acredita la propiedad de mercancías o bienes depositados en el almacén que lo emite.

Bono de prenda: Es un documento que se adhiere al Certificado de Depósito, y con el que se constituye un crédito

prendario sobre las mercancías o bienes indicados en dicho certificado.

En el momento en que un cliente de la Banca Comercial o de Desarrollo, tramita un crédito o garantía prendaria representada con un título de depósito (Certificado de Depósito y Bono de Prenda) expedido por Almacén General de Depósito, la Banca Comercial o de Desarrollo, está en posibilidades de solicitar además, fianza que garantice el pago del crédito obtenido.

Como podemos observar existe una diversidad de obligaciones derivadas de operaciones de crédito que se pueden garantizar con una póliza de fianza, como a quedado ampliamente apuntado, el documento fuente que la da vida a este tipo de fianza es el contrato de crédito mismo.

e) EL REAFIANZAMIENTO

Introducción:

Cuando hablamos de la fianza civil, vimos que, atendiendo al tipo de obligación principal garantizada, la fianza la podíamos dividir en tres tipos: fianza, subfianza y retro o contrafianza.

Del primer tipo ya hemos hablado muy ampliamente y señalado su origen en el derecho romano, pero de los otros dos no nos hemos ocupado más que en describirlos, y conviene que analicemos su

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

precedencia, sobre todo por lo que respecta a la retro o contrafianza, pues nos será de gran utilidad en el desarrollo de este capítulo.

Pues bien, para los romanos no fue desconocida la idea de la subfianza ni de la contrafianza, puesto que usaban la figura del *fideijussor fideijussoris* -fiador del fiador, o sea subfiador "que debía garantizar al acreedor, en forma subsidiaria, la solvencia del fiador"(13). y la del "contrafiador" cuya finalidad consistía en garantizar al fiador "la eficacia de esta reclamación (la acción de reembolso) contra el deudor principal, pidiendo, antes de obligarse, que éste le diera a su vez fiadores para responder de la devolución".(14).

Nuestro Código Civil habla en forma expresa de la subfianza en su artículo 2796, cuando dice: "La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador", pero no tiene un precepto expreso que hable de la contrafianza o retrofianza, pero ello no constituye un obstáculo para aceptarla, siguiendo los criterios de los artículos 1839 -libertad contractual- y 2794 -concepto de fianza-, pues para configurar una fianza, basta y sobra que exista una obligación principal válida que sea susceptible de garantizarse accesoriamente, artículo 2797 del C.C.

Por ser de especial interés para este capítulo, como ya hemos indicado, proporcionaré una definición de la contra o retrofianza:

13.- FLORES MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Romano, Pág. 386.

14.- Ibidem.

El Reafianzamiento:

Esta figura aparece en el campo de la fianza de empresa con motivo del decreto de 1933 que reformó la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 y en la que se la definió como **"UNA OPERACION POR MEDIO DE LA CUAL UNA COMPAÑIA DE FIANZAS AUTORIZADA OBTIENE QUE UNA COMPAÑIA EXTRANJERA NO AUTORIZADA LE GARANTICE PARTE DE LOS RIESGOS QUE LA PRIMERA HA CUBIERTO"**(15).

La connotación del reafianzamiento que se ha expuesto no difiere en nada del concepto de reaseguro establecido por la Ley General de Instituciones de seguros en su artículo 10, fracción II:

"Por reaseguro (se entiende) el contrato en virtud del cual UNA INSTITUCION TOMA A SU CARGO TOTAL O PARCIALMENTE UN RIESGO YA CUBIERTO POR OTRA..."

Por esa razón diferimos de la definición y a pesar de ello, la autorizada opinión del licenciado Gómez Cantú, quien asevera que el decreto mencionado de 1933 acogió "la figura jurídica del reafianzamiento, al que en forma clara y precisa se le reconoció naturaleza jurídica similar a la de la fianza" (16) pues creemos que lo único que se hizo fue

15.- GOMEZ CANTU, ALEJANDRO. La naturaleza jurídica del reafianzamiento. Revista mexicana de fianzas, No. 8, pág. 21

16.- Ibidem.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

"rebautizar" la figura del reaseguro, para introducirlo en el ámbito de operación de las empresas afianzadoras, ya que éste sólo es operable por las aseguradoras.

El propio Gómez Cantú nos da la razón cuando afirma que en el decreto de 1946 que reformó a la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942 y que modificó, entre otros su artículo 1o. transitorio, "se aprecia una marcada tendencia a diferenciar el reafianzamiento del reaseguro y, consecuente con ello, encuadra al primero dentro de la figura jurídica de la fianza..."(17).

Luego si hasta 1946 se intenta diferenciar al reaseguro del reafianzamiento, la afirmación de este autor sobre el decreto de 1933, cae por su base.

Ahora bien, efectivamente, en el artículo I transitorio, reformado, de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, se da la siguiente definición del reafianzamiento:

"El contrato de reafianzamiento a que esta ley se refiere, **CONSISTE EN LA FIANZA DE REGRESO QUE OTORQUE UNA INSTITUCION DE FIANZAD EN FAVOR DE OTRA**".

17.- Idem

Por **FIANZA DE REGRESO**, la propia ley de 1942 entendía la que garantizaba la obligación de reembolso del deudor principal como **PUEDE DESPRENDER** de la disposición del reafianzamiento:

"El reafianzamiento es la fianza por la cual una institución de fianzas se **OBLIGA A PAGAR A OTRA**, en la proporción correspondiente, **LAS CANTIDADES QUE ESTA DEBA CUBRIR AL BENEFICIARIO** por su fianza".

Esta Ley ya no habla de "retrofianza" en forma expresa, por lo que deberemos profundizar en el concepto legal y ver si efectivamente sigue siendo una retrofianza, para lo cual, habremos de analizar todas las disposiciones de la ley actual que se relacionen en una forma u otra con la figura que estudiamos.

Como ya hemos indicado en el capítulo anterior, la fianza de empresa opera sobre la base de la recuperabilidad de las sumas que garanticen, y de ahí que exista la obligación legal para las empresas afianzadoras de "tener suficientemente garantizada la recuperación, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan, mediante el otorgamiento de sus pólizas", artículo 15 de la L.F.I.F.

Tales garantías de recuperación o de "respaldo" han de ser suficientes y comprobables, es decir, llegaren a pagar las afianzadoras y que en cualquier momento pueda demostrarse su existencia, artículo 17 de la L.F.I.F.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

Sólo dos tipos de fianzas de empresa se exceptúan de la regla señalada, y son: la de fidelidad, que no exceda el margen de operación de la empresa afianzadora (18) y las que se otorguen ante autoridades judiciales del orden penal, siempre que no se trate de delitos intencionales cometidos contra las personas en su patrimonio, ni se haya garantizado la reparación del daño, aunque no se trate de los delitos citados, artículos 18 y 19 de la mencionada ley.

Ahora bien, se hace una distinción en lo que se refiere a la distinción en lo que se refiere a la determinación de las garantías de respaldo, atendiendo a que excedan o no del margen de operación de las compañías que otorgan las pólizas, y así nos encontramos con estas dos posibilidades:

1.- Si la fianza otorgada no excede, en cuanto a su monto del margen de operación la afianzadora determinará libremente las garantías de recuperación, siempre que reúnan las condiciones, ya expresadas, de suficiencia y comprobabilidad, artículo 17.

2.- Si la fianza excede, en cuanto a su monto, del margen de operación, la afianzadora deberá tener, como garantías de respaldo, cualquiera de las siguientes:

18.- El margen de operación de una afianzadora es el 15% de su capital pagado y lo fija la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, artículo 16 de la L.F.I.F.

- I) Prenda, hipoteca o fideicomiso.
- II) Obligación solidaria.
- III) CONTRAFIANZA.
- IV) REAFIANZAMIENTO.
- IV) REASEGURO.

Estas dos últimas garantías de respaldo servirán para "cubrir" el "excedente del margen de operación", artículos 17, parte final y 21 de la L.F.I.F.

La distinción que acabamos de hacer, y la enumeración que hemos citado sobre las garantías de respaldo para aquellos casos en que se expidan fianzas que excedan, en cuanto a su monto, el margen de operación, no deben llevarnos a concluir que sólo en este último caso deberá contarse con las garantías enumeradas, sino sólo que son las únicas que marca la ley para ese supuesto, pero que pueden ser utilizados como marca la ley para ese supuesto, pero que pueden utilizarse para los otros casos de fianzas que no excedan el margen de operación, y así reunir las características de suficiencia y comprobabilidad de que hemos hablado.

Vemos que la propia L.F.I.F., en la enumeración citada hace una distinción entre **CONTRAFIANZA, REAFIANZAMIENTO Y REASEGURO**, pero veamos si en realidad son distintos el reafianzamiento y la contrafianza y el reafianzamiento y el reaseguro.

El artículo 27 de la citada ley establece los requisitos que debe reunir el contrafiador y dice que éste deberá comprobar ser propietario de bienes raíces o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de comercio, **"LIBRES DE GRAVAMEN".(19).**

Desde el momento en que hablamos de garantías de respaldo o de recuperación, nos estamos refiriendo, obviamente, a la obligación de reembolso, y como consecuencia, el elemento real o sea la obligación principal garantizada accesoriamente por el contrafiador es la obligación de devolución a cargo del deudor de aquello que hubiere pagado la afianzadora.

De acuerdo con el criterio anterior, podríamos concluir, siguiendo la ley del menor esfuerzo, que el reafianzamiento, como garantía de respaldo es una forma de contrafianza, o como quieren los alemanes, una forma de retrofianza, y que el único carácter distintivo de ellos es que la contrafianza la puede otorgar cualquier persona, con capacidad para obligarse y con bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad, y en cambio el reafianzamiento sólo puede ser otorgado por una empresa afianzadora artículos 27 y 114 de la L.F.I.F., y consecuentemente el elemento real del reafianzamiento es la obligación de reembolso a cargo del deudor.

19.- Estos requisitos son similares a la fianza legal y judicial del derecho civil, artículos 2850, 2851 del Código Civil.

Nosotros creemos que la regulación legal del reafianzamiento, vista sistemáticamente, nos puede conducir a diferir de la conclusión que hemos apuntado y para ello, hagamos un análisis previo de las diversas disposiciones sobre el reafianzamiento, partiendo de estos punto:

1o.- El reafianzamiento no sólo cabe como garantía de respaldo en las fianzas que exceden el monto de operación, sino que cabe aún en aquellas, cuyo monto sea inferior a dicho margen, como claramente se advierte del artículo 33 de la L.F.I.F., en cuyo caso, ya no cubrirá el "excedente del margen de operación", a que se refiere el inciso IV del artículo 21 de dicha ley.

2o.- Por otra parte, la empresa afianzadora que "contrate" reafianzamiento, y que denominaremos "reafianzada" -y por consecuencia se llamará "reafianzadora" a la que otorgue el reafianzamiento- debe contar con las suficientes garantías de respaldo, POR EL IMPORTE TOTAL DE SU FIANZA, artículo 29 de la L.F.I.F. Es decir, que la reafianzada o afianzadora directa expide su fianza por el MONTO TOTAL garantizado, no obstante que exceda de su margen de operación, y tiene la OBLIGACION LEGAL de contar con garantías de respaldo suficientes para cubrir la SUMA TOTAL GARANTIZADA, independientemente de que haya contratado el reafianzamiento.

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

3o.- Además, el reafianzamiento se "contrata" entre la afianzadora o fiadora directa o reafianzada y la reafianzadora, por lo que la voluntad del deudor principal es irrelevante, y otro tanto cabe decir del solicitante de la fianza directa, para el caso de que no haya sido el propio deudor el que la hubiere solicitado, razón por la que nos preguntamos: ¿con quién va a contratar la reafianzadora sus propias garantías de respaldo? y también ¿qué documento podrá exhibir, en el que consten las obligaciones del fiado, solicitante, etc... para poder gozar de la acción ejecutiva que le concede la ley a las afianzadoras en su artículo 96, para repetir lo pagado?.

4o.- Estas interrogantes no son absurdas, pues, en primer lugar, ya hemos visto que la fianza de empresa opera sobre la base de las garantías de recuperación, y en segundo lugar, y para evitar una falta de liquidez a dichas empresas, la ley les concede acción ejecutiva para recuperar lo que hubieren pagado, y si la reafianzadora no contrata garantías de respaldo -artículo 29 a contrario sensu- ni puede ejercitar la acción ejecutiva del artículo 96, por carecer de uno de los documentos bases de la acción -el contrato solicitud- o estamos rompiendo el sistema de operación de la fianza de empresa o dejamos a la reafianzadora en una situación desventajosa- por tener que acudir a la vía ordinaria mercantil para obtener el reembolso- o francamente el reafianzamiento NO ES UNA FIANZA.

Analicemos uno por uno los puntos mencionados:

1.- Respecto al primero: El hecho de que el reafianzamiento se encuentra aún en las fianzas que no excedan del margen de operación, nos puede llevar a pensar en cualquiera de estas dos posibilidades:

a) Que el reafianzamiento es una garantía de respaldo que coexiste con las demás que haya exigido la reafianzada en los términos del artículo 17 de la L.F.I.F., **LO CUAL NO REPRESENTA NI TIENE INCONVENIENTE LEGAL ALGUNO.**

b) Que el reafianzamiento es la única garantía de respaldo con la que cuenta la reafianzada, **PERO ESTO NO PUEDE DARSE YA QUE LA LEY, EN SU ARTÍCULO 29, OBLIGA A LA REAFIANZADORA A CONTRATAR O EXIGIR GARANTIAS DE RESPALDO POR EL MONTO TOTAL DE SU PÓLIZA.**

En consecuencia, y por disposición de la ley, el reafianzamiento, si bien, establecido en el artículo 21 como una de las garantías de respaldo, no puede ser la única contragarantía con que cuenta la reafianzada, sino que siempre coexiste con las garantías de respaldo exigidas por ella misma, y que serán suficientes para cubrir el monto total de su póliza, es decir, no sólo por la suma que "retiene" sino aun por las sumas que "cede" en reafianzamiento, artículo 29.

2.-Respecto al punto segundo: Aunque ya parcialmente lo hemos analizado en el punto anterior, conviene precisar que el artículo

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

29 de la L.F.I.F., en disposición coherente con el 114 que habla de "contrato" entre reafianzadora y reafianzada, lógicamente exime a la reafianzadora de la obligación de contratar o exigir garantías de respaldo, pues está en imposibilidad real y jurídica de hacerlo, pero obligada, como ya se ha dicho, a la reafianzada a contar con las garantías de respaldo necesarias para cubrir el monto total de la póliza, incluyendo, como se ha dicho, la parte que reafianzó.

3.- Respecto al tercer punto: ya indicamos en el punto anterior que la reafianzadora está en imposibilidad real y jurídica de exigir garantías de respaldo al deudor o solicitante, puesto que, a diferencia de la fianza directa que, como se ha expuesto, brota en ejecución del contrato solicitud, en el que se contratan las garantías de recuperación, en el reafianzamiento nos encontramos con un contrato entre reafianzada y reafianzadora, y por ende, no existe el contrato solicitud, de ahí las dos interrogantes que nos formulamos en el punto a estudio.

4.- Respecto al punto cuarto: diremos que es un corolario de lo que expusimos en los tres puntos anteriores, pues es obvio que la ausencia de contragarantías de la reafianzadora y su carencia de la acción ejecutiva de recuperación vienen a ser una derogación total del sistema legal operativo de la fianza de empresa, colocan a la reafianzadora en una posición desventajosa, en relación con la operación de fianza directa, o nos llevan a concluir que el reafianzamiento no es una fianza, pues en los negocios jurídicos lo

que importa **NO SON LOS NOMBRES QUE SE LES DEN**, sino la naturaleza jurídica que deriva de hacer, de derechos y obligaciones que se crean.

En consecuencia, y con los antecedentes legales expresados estudiaremos la naturaleza jurídica del reafianzamiento, analizando sus elementos y efectos.

f) EL COFIANZAMIENTO

Introducción:

Esta figura a diferencia de la anterior, ha sido tomada, aunque con algunas variantes, del Derecho Civil.

En efecto, ya desde los Romanos encontramos que la necesidad del acreedor de asegurar su crédito, lo hace recurrir, por así decirlo, pluralizar a los obligados, y de un solo fiador pasa pasa, simultaneamente, a la exigencia de varios fiadores, o contrafiadores, encontrándolos así frente a la cofianza o cofianzamiento.

Podemos decir que la cofianza o cofianzamiento es, pues, un contrato por virtud del cual dos o mas personas, denominadas cofiadores se obligan con otra denominada acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hacee. Es decir en esta definición solo se ha pluralizado el término fiador, siendo por lo demás

CONCEPTOS PRELIMINARES DEL "CONTRATO DE FIANZA"

enteramente igual a la definición de fianza que hemos adoptado en el presente trabajo y que es sustancialmente similar a la adoptada por el Código Civil en su artículo 1794.

En cuanto a los elementos formales, la contrafianza no difiere en lo absoluto de la simple fianza, sea civil, sea mercantil o de empresa de lo ya señalado.

Por lo que toca a sus elementos personales, solo habrá que decir que en vez de encontrarnos con un solo acreedor y un fiador, nos vamos a encontrar con un acreedor y varios fiadores.

Otro tanto debe decirse del elemento real de la cofianza, que no es otra cosa que la obligación principal accesoria y personalmente garantizada por varios fiadores o cofiadores, por lo que lo ya expuesto es perfectamente aplicable a esta figura.

Donde vamos a encontrar algunas diferencias en este contenido obligacional de esta figura, y que iremos analizando individualmente al tratar los diversos efectos que produce, en el capítulo cuarto del presente trabajo.

CAPITULO TERCERO:

MARCO JURIDICO.

a) Naturaleza y efectos jurídicos.

1) Naturaleza que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2) La causa del nombre para este contrato. 3) Su aceptación en la doctrina jurídica. 4) Elementos específicos del contrato. 5) La prestación del fiador. 6) La prima. 7) Objeto de la obligación del fiador. 9) Distinción entre seguro y fianza.

b) Estipulación a favor de tercero.

1) Clasificación según el maestro Etrén Cervantes Altamirano. 2) Lo que cita la doctrina. 3) Lo que dice el Código Civil para el Distrito Federal. 4) Elementos específicos del contrato de fianza.

c) Procedimiento para hacerla efectiva.

1) Procedimiento Judicial. 2) Oficio circular que da instrucciones para la aceptación de fianzas a favor del Gobierno Federal. 3) Procedimiento Especial. 4) Fianzas a favor del Instituto Mexicano del Seguro Social.

1) NATURALEZA QUE SOSTIENE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

El mérito indiscutible del Legislador, es sin duda su propósito de separar de la legislación administrativa de control de las afianzadoras, todo lo relativo al régimen del contrato de fianza necesariamente onerosa, cuya práctica constituye el objeto propio de las sociedades anónimas que reciben conforme a nuestra legislación administrativa, la denominación de "Instituciones de Fianzas".

Ese régimen de derecho, lo establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al tener inserto en el artículo 3º, los requisitos exigidos por la Legislación Mercantil. De esta manera se reconoce este carácter al contrato que se viene citando y cuya celebración sistemática, constituye la explotación de empresas lucrativas como son las Instituciones de Fianzas; en consecuencia, estos contratos de Fianza necesariamente onerosa, que otorgan sistemática y profesionalmente las sociedades afianzadoras autorizadas y establecidas para el ejercicio de cualquier actividad; se presumirá *juris et de jure*, (actos de Derecho de acuerdo con el Derecho), por lo tanto son considerados por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como actos de comercio.

Con esto no sólo se mantiene el criterio del Legislador de 1928 en el artículo 2811 del Código Civil para el Distrito Federal y directamente en las Leyes de control de las Afianzadoras, incluyendo la vigente, sino que ese criterio, en vez de quedar consagrado en

MARCO JURIDICO

normas de derecho particular y específico, como lo del artículo 2° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que actualmente declara: "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, contrafiadores u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria". Por lo que se consigna como contrato mercantil absolutamente. Esa naturaleza mercantil de esta fianza, que el Legislador mexicano viene haciendo resaltar desde nuestro Código Civil de 1928, en su artículo 2811; es la que, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede variar a su arbitrio del legislador ordinario, como lo expresa el estos términos:

"Es pertinente recordar al respecto las palabras contenidas en el dictamen de la Comisión de Constitución, leído por Don Ponciano Arriaga en el Congreso Constituyente de 1856, dictamen que conviene indudablemente a la actual Constitución de 1917 y en que se lee que (tenemos que pensar en esa misma tiranía de las legislaturas, que creyéndose absoluta y despótica, nos ha dado tantas ocasiones de escándalo), y que aún (llegóse a creer entre nosotros, en un tiempo de luctuosa memoria, que el Poder Legislativo no debería reconocer límites y que para su competencia irregular y mounstrosa era lo mismo dictar leyes retroactivas que... alterar la naturaleza de los contratos, y en fin, atacar y destruir los derechos del hombre). (20)

20- Revista Mexicana de Fianzas, en el número 7 del año de 1966, en la página 10, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

Tan importante y tan frecuente el error de creer que la fianza sólo se contrata con el acreedor, que el punto se ha debatido en Tribunales y aún se encuentra en ejecutoria de la Suprema Corte, donde se lee lo siguiente:

"En el mismo primer agravio se invoca la definición de la fianza contenida en el artículo 2794 del Código Civil, que dice "La fianza en un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por otra si éste no lo hace". De la simple redacción que antecede, pretende la autoridad responsable inferir que al decir el legislador que el fiador se compromete con el acreedor, ya está exigiendo que el contrato de fianza se celebre entre el fiador y acreedor. No hay necesidad siquiera de llamar la atención acerca del significado del verbo "comprometer", que salvo la acepción jurídica que tiene en la expresión "comprometer en árbitros", no tiene más que la aceptación vulgar de asumir una obligación, cuando se usa como reflexivo, como en el texto legal citado y es obvio que se pueda asumir una obligación no sólo mediante un acuerdo de voluntades, sino por otros medios que la Ley establece. Es decir, el verbo reflexivo "comprometerse" no significa celebrar un contrato, sino solamente adquirir una obligación para con alguien. Esta obligación bien puede asumirla el fiador mediante un contrato celebrado con el acreedor directamente, como ocurre por lo general en la fianza del derecho común, que es la definida en el artículo 2794 del código Civil, o bien en un contrato celebrado, con estipulación a favor del acreedor; este último procedimiento, es perfectamente legal desde que en el Código de 1928 se estableció como fuente general de las obligaciones, la

MARCO JURIDICO

estipulación a favor de tercero, según consta de los artículos 1868 a 1872. En esta forma de contratación a favor de tercero es usual y casi exclusiva de las instituciones fiadoras y prueba de ello son los formularios que las compañías de fianzas usan para la celebración de sus contratos.

Lo anterior se puede corroborar, en la jurisprudencia 107 (Quinta época), visible a página 139, sección primera, volumen 2a Sala apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965.

Al difundir el error que en primer lugar hemos expuesto y que la Suprema Corte combate y aclara plenamente en el considerando de la ejecutoria que se ha transcrito, contribuye indubitablemente el artículo 2796 del Código Civil, en que se hace constar que el contrato de fianza puede perfeccionarse ya sea que el fiado consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga.

Esta disposición no quiere decir como cuando regían los Códigos anteriores, que el deudor principal o fiado, no pueda celebrar el contrato de fianza con el fiador, a favor del acreedor, sin que este último sea parte en tal acto jurídico: Simplemente debe entenderse como es obvio, que si el contrato se celebra entre fiador y acreedor, carece totalmente de importancia jurídica la voluntad del fiado o deudor principal, por ser un tercero extraño al contrato. Debe concluirse por tanto, que el artículo del Código Civil ha que se ha hecho referencia, no sólo es poco útil en el caso de la fianza de

empresa, sino que puede inducir a confusión, por la ambigüedad de su redacción.

El segundo error que se desprende de la definición de fianza, contenida en el Código Civil, es considerar que la obligación del fiador de pagar por el deudor o fiado, sólo nace si éste no paga (Artículo 2794).

No tiene base jurídica alguna esta tesis: la obligación del fiador, como accesoria que es, nace desde la celebración del contrato de fianza, siempre que la obligación principal exista, aunque este sujeta a plazo o a condición suspensiva. Estos accidentes pasan igualmente a la obligación accesoria.

El pago de la obligación principal por su deudor, no impide el nacimiento de la accesoria del fiador, sino que la extingue, como cualquier otra causa que extinga la primera, según este texto del Código Civil citado:

Artículo 2842, la obligación del fiado se extingue al mismo tiempo que la del deudor por las mismas causas que las mismas obligaciones.

Ahora bien, el pago o cumplimiento en la primera causa de extinción de una obligación y si el deudor paga su propia deuda, que es la principal en el contrato de fianza, por vía de consecuencia extingue también la accesoria o sea la del fiador.

2) LA CAUSA DEL NOMBRE PARA ESTE CONTRATO

El problema consiste fundamentalmente en encontrar un nombre adecuado para las fianzas que sistemáticamente otorgan las sociedades afianzadoras.

Cuando en la Secretaría de Hacienda, se tuvo la preparación de la iniciativa que después se convirtió en la Ley de Instituciones de Fianzas, de 20 de diciembre de 1942, se trató sin éxito de escoger una denominación específica adecuada y como no la encontraban, simplemente se refirieron a las fianzas que otorgaran las Compañías Fianzadoras, llamándolas "Fianza Onerosa Mercantil", que notoriamente es una denominación mas amplia que la que buscaban, aunque excluya a las fianzas mercantiles a título gratuito. Por esta falta de idoneidad del nombre, se necesitó aclarar en el artículo II transitorio, que "los contratos de fianza a título oneroso, son actos de comercio, salvo se celebren ocasionalmente por quienes no constituyan una Institución de Fianzas". Pero es bien sabido que aun fianzas onerosas que se celebren ocasionalmente por quienes no sean una sociedad afianzadora, pueden ser mercantiles".

Además, "como la fianza es un acto accesorio de otra obligación ésta puede comunicarle su carácter, y debe concluirse que la fianza otorgada para garantizar una obligación mercantil tiene también carácter comercial"(21)

21.- BARRERA GRAF J. Tratado de Derecho Mercantil. México, 1980. Núm. 73, 93, 109 y siguientes.

En otros términos no se encontró un verdadero nombre propio para este contrato nominado, el cual ya estaba provisto de un régimen legal propio y exclusivo, puesto que para distinguirlo inequívocamente, era necesario reunir los conceptos contenidos en varios artículos de la Ley, lo que constituía una verdadera descripción, precisamente por la falta de denominación adecuada de esta nueva especie de garantía personal.

No fue sino hasta fines de 1944, cuando el Legislador se inspiró en dos fuentes, una doctrinaria y otra de simple estudio comparativo de derecho en este campo, se pensó en el nombre de fianza de empresa que por primera vez se empleó en el artículo "El régimen Publicista de las Empresas de Fianzas", publicado en los números 79, 86 de la revista JUS.

En la página 83 del primero de los dos, que corresponde al mes de febrero de 1945, se dice:

"...abandonó la tesis que sirvió de punto básico a la Ley de 1940, para tener en cuenta a la naturaleza especial de las operaciones de fianza de empresa, sin pretender que ésta fuera la de las operaciones de seguro".(22)

La fuente doctrinaria que primero ayudó al Legislador en la selección de un nombre, fue la misma que había informado el criterio

22.- Revista Mexicana de Fianzas, Número 7 del año 1966, en la página 10, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

MARCO JURIDICO

que presidió la reelaboración de la iniciativa que después se convirtió en la Ley de Instituciones de Fianzas, promulgada y publicada en diciembre de 1942; criterio que se pone de relieve varios artículos de ella, como lo era el artículo 5°. El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda, otorgará discrecionalmente las autorizaciones para que una empresa opere en materia de fianzas que correspondan a cualquiera o cuales quiera de estos ramos..."

El artículo 6° decía: "Solamente podrán disfrutar de autorización las empresas constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo y que se sujeten a las siguientes reglas o en su defecto, a la legislación mercantil:

"I.- La sociedad sólo podrá tener como objeto el funcionamiento como empresa afianzadora, en los términos de esta Ley..."

Como se ve, domina en la Ley el concepto básico de empresa, sin que pueda confundirse este término con el de sociedad, error en que con frecuencia se incurre, por que pugnaría con el texto del artículo 6°, y aún con el del artículo 1° donde se habla de la necesidad de autorización estatal "para dedicarse ala práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso en cualquier ramo"; es decir, se caracteriza esta actividad como profesional.

Por otra parte la Ley en su conjunto indica los lineamientos generales de la organización económica, como necesidad para el

ejercicio de esta actividad; no lo deja a discreción o arbitrio del titular de la empresa afianzadora.

Ahora bien, si sólo las empresas afianzadoras pueden obtener para ser titular la autorización estatal ya dicha, es manifiesto que las fianzas que otorgan las compañías afianzadoras, son fianzas de empresa. Según se desprende de la Ley actual, en el que se indica en toda la extensión el nombre de Instituciones de Fianzas.

SU ACEPTACIÓN EN LA DOCTRINA JURÍDICA

Realmente con sólo las consideraciones anteriores se pudo haber escogido desde 1942, esta denominación y haberla empleado en la Ley respectiva, para designar las garantías personales otorgadas a título oneroso en forma habitual, o sea profesionalmente, y con tanta mayor razón, cuanto que el artículo 75 del Código de Comercio, en su fracción XXIV, considera mercantiles aquellos actos de naturaleza análoga a los de las fracciones anteriores, entre los cuales está la XVI, que declara actos de comercio, la operaciones de seguro cuando se realizan por empresas, y no debe olvidarse que la fianza de empresa tiene su origen histórico en los contratos de seguro contra la infidelidad patrimonial de los criados. Origen dado en Inglaterra, que paso en negocio a los Estados Unidos, donde su desarrollo ha sido verdaderamente extraordinario y de ahí vino a México en 1895.

Sin embargo, hasta 1944 se reparó en todo esto y entonces fue cuando apareció el nombre adecuado para la fianza otorgada por Instituciones de Fianzas.

En 1947, publicó el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, su curso de Derecho Mercantil, y en él hace notar que la fianza que otorgan las compañías fiadoras el "fianza de empresa; es decir, para ser fiador mercantil es indispensable ser Institución de Fianzas debidamente autorizada, para practicar esta operación". En otras palabras, el Dr. Rodríguez y Rodríguez, señaló como característica de estos contratos, el ser de empresa, aunque no aplicó la expresión como nombre propio de la fianza.(23).

En 1949 al publicarse por el Lic. Efrén Cervantes Altamirano, el primero de varios artículos con el nombre de "Comentarios en torno a las reformas de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas", en el número 15 de la Revista Mexicana de Seguros, correspondiente a junio de 1949, apareció una nota introductiva que se puede consultar en la página 33:

"De la obra en Preparación la fianza de empresa, sus antecedentes históricos y su naturaleza jurídica".(24)

Con lo cual un año después cuando se publicó la conocida monografía que sirvió de tesis profesional a su autor, éste acogió el epígrafe de "Fianza de Empresa".

23.- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ JOAQUIN. *Curso de Derecho Mercantil*. Monterrey, 1980. Vol. II, Pág. 679.
24.- IDEM.

El mismo nombre emplea el Lic. Agustín García López, en sus apuntes acerca de los "Contratos", donde al clasificar a la fianza desde distintos puntos de vista, dice que es:

En atención a su régimen jurídico: a) Civil, cuando ésta regida por el derecho común; b) Fianza de Empresa, cuando el fiador es una empresa que tiene concesión del estado para celebrar el contrato de fianza profesionalmente.(25)

El Dr. Jorge Barrera Graf, también ha adoptado la denominación, según se ve en su conferencia de 23 de agosto de 1954 acerca del "Contenido del Derecho Mercantil Mexicano", como lo hace en su tratado de "Derecho Mercantil"(26)

Entre las propias compañías afianzadoras, que es donde menos se emplea, es sin embargo usada, como se puede ver en una ponencia que a nombre del Comité de Instituciones de Fianzas, Presentó el Lic. Carlos Carriedo Galvan, ante la XII Conferencia Hemisférica de Seguros, que se efectuó en México en 1985 (27).

El señor Abel Cervantes, Gerente de Fianzas Atlas, S.A., en un artículo publicado en el órgano de la Asociación de Banqueros de México, ha adoptado igual el nombre.

25.- GARCÍA LÓPEZ AGUSTÍN, *Contratos en Particular*. México, s/f., Vol. II, Pág. 274.

26.- BARRERA GRAF. *Ob.Cit.* Pág. 109 y 473.

27.- CARRIEDO GALVAN C. *Antecedentes Históricos y Jurídicos de la Fianza*, en la Memoria de la Décimo Segunda Conferencia Hemisférica de Seguros, México 1985, Pág. 227, 230 y siguientes.

MARCO JURIDICO

El Lic. Ruiz Rueda, lo uso continuamente en el medio afianzador, en diversos articulos de revista, en su libro "La fianza de Empresa a favor de tercero" y en su Critica y Contraproyecto del Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio de 1960".

En el campo de la Jurisprudencia como se ve en el informe del Presidente de la Segunda Sala, Blanco Carreño, a la Suprema Corte de Justicia, correspondiente al año de 1957, donde aparece una de las tesis mas importantes con un rubro:

"La Fianza de Empresa. Son contratos aunque se expidan a favor de tercero" (28).

En el amparo el revisión 5013/56 a que corresponde, se encuentran estas expresiones textuales tomadas de dos considerandos.

Del Segundo:

a) "Este contrato bilateral y oneroso denominado fianza de empresa..."

b) "Esto demuestra que la contratación de las fianzas de empresa se hace mediante la estipulación a favor de tercero..."

28.- MEDINA H. Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia al terminar el año de 1957 (Parte relativa al Informe del C. Presidente de la Segunda Sala, Lic. Franco Carreño), México, 1957, Pág. 26 y 27.

c) "Es evidente que en este párrafo la Suprema Corte de Justicia no ha pretendido decir que el Estado, beneficiario de una fianza de empresa, sea contratante de la fianza..."

Del Sexto:

a) "...y con ello nuevamente desnaturaliza las obligaciones derivadas de la fianza de empresa que son esencialmente mercantiles".

b) "...como cuando es designado tercero beneficiario en contratos mercantiles, como las fianzas de empresa..."

Por todo esto puede afirmarse que el empleo de esta denominación en los considerandos de la ejecutoria, no fue algo que incidentalmente se hubiera colado por la influencia de la terminología usada en la resolución de primera instancia, donde no se encuentra ni una sola vez, ni en un escrito de revisión, al expresar agravios. Se trata simplemente de la aceptación deliberada del hombre que entró plenamente en el campo de la doctrina.

En tales circunstancias, no puede menos de concluirse que el nombre propio y adecuado incluido en esta tesis sea el de la "Fianza de Empresa".

Fundándose en su tradición doctrinaria; en su uso cada vez mas extendido, no sólo en el campo jurídico, sino también en el

comercial; en su aceptación no sólo el México, sino aún en el extranjero, como ha ocurrido ya en varios trabajos presentados en las Conferencias Hemisféricas de Seguros.(29)

b) ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL CONTRATO.

Los elementos esenciales específicos de la fianza, es decir, aquéllos que viene a hacer de este un contrato nominado y por tanto, que se diferencia de otro, aunque en él haya consentimiento y objeto, como en todos los demás. Se busca así no sólo distinguir la fianza de empresa de cualquier otra fianza, son también independizar su concepto de las disposiciones del derecho administrativo, de manera que si estas cambian por que se considere conveniente modificar las reglas de control de las empresas afianzadoras, no pueden tocar la noción del contrato mismo, cuyo régimen corresponde únicamente al Código de Comercio y no a la Legislación del Derecho Administrativo.

Tres son los elementos específicos de la Fianza de Empresa, tal como se practica y como se desprende, mediante el examen y la interpretación, de las Leyes actualmente en vigor:

a) Prestación del fiador, o sea de su garantía de pago de la deuda ajena.

29.-GARCIA LOPEZ AGUSTIN, Ob.Cit, Pág. 272

b) Prestación del estipulante de la fianza, o sea de la prima que debe pagar.

c) La empresa autorizada estatalmente, o sea la organización económica para otorgar estas garantías personales, como actividad sistemática legalmente exclusiva.

LA PRESTACIÓN DEL FIADOR.

Es el primer elemento específico, común a las dos especies de fianzas: la Civil y la de Empresa, porque:

a) Ambos son contratos de garantía personal y no de garantía real. La expresión garantía personal no sólo permite precisar la prestación del fiador y por lo mismo uno de los elementos específicos del contrato, sino también sirve para diferenciarlo de otros contratos de garantía, como la prenda y la hipoteca, que son reales y no personales.

b) Ambas fianzas, la Civil y la de Empresa, garantizan la deuda ajena y nunca la propia, puesto que ésta, por el solo hecho de existir, ya tiene la garantía general de los bienes del deudor (Artículo 1964 del Código Civil para el Distrito Federal. "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la Ley, son inalienables o no embargables). Por tal razón, éste no puede ser fiador de sí mismo. En cambio, el deudor puede dar garantía real de su propia deuda,

afectando a su pago un bien determinado, como lo es la prenda o la hipoteca.

LA PRIMA.

El segundo elemento o sea la prima que debe pagar el estipulante, necesariamente debe existir en la fianza de empresa y por ello es elemento específico de la misma, pero no ocurre lo mismo en la fianza Civil, la cual, aunque por excepción llegue a ser onerosa, cuando se pacte una contraprestación del estipulante de la fianza: por regla general es gratuita (Artículo 2795 del Código Civil para el Distrito Federal. "La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso"). Ahora bien, si la fianza Civil lo mismo puede ser gratuita que onerosa, difiere en este punto de la fianza de Empresa que necesariamente debe ser onerosa. Este elemento, la prima o contraprestación del estipulante de la fianza, es esencial en la fianza de empresa y no lo es en la Civil.

El tercer elemento específico, que incluso a servido para darle nombre, es la empresa o sea una organización económica apta para otorgar estas garantías personales, sistemática, profesionalmente y con autorización estatal para ello. Barrera Graf, ha hecho notar con exactitud que "el criterio económico es, y tiene que ser, mas amplio que el de su regulación normativa; para el Derecho no toda empresa económica es una empresa jurídica: sólo lo serán aquellas que estuvieren comprendidas en el concepto legal..." (30)

30.- BARRERA GRAF, Estudios de Derecho Mercantil, México 1988, Pág. 237).

OBJETO DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR.

El objeto de las obligaciones que surgen del contrato, siempre lo constituye una prestación (*daré, facere, praestare*) que a su vez tiene una actividad del deudor. Así pues, las cosas jamás constituyen el objeto directo de un contrato, sino sólo de una prestación que a su vez, ella misma es objeto de una obligación creada por el contrato.

Dare, Facere, Praestare.

a) Es obvio que la prestación de garantía no constituye una *Facere*, aunque la obligación principal garantizada si puede consistir en hacer algo. La prestación de garantía, objeto de la obligación accesoria del *praestare* garante, es evidentemente distinta que la prestación que constituye el objeto de la obligación principal garantizada, a un grado tal, que con la ejecución de la obligación accesoria, "el acreedor no obtendría ya la prestación, sino el valor de la prestación omitida, lo que tanto conceptual como prácticamente, es cosa muy diversa".

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

Si esto se dice de la garantía general constituida por todos los bienes del deudor principal, es obvio que la garantía específica prestada por un fiador no puede tener como contenido una prestación de hacer, solo una prestación de la misma especie que la que es propia de la garantía general de los bienes del deudor, es ejecutado para que pague por equivalente. Por esto se hace notar que "la fianza, según la doctrina mas reciente y mas 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, si mas bien de añadir al primero un segundo deudor, quien cumple por el deudor principal mediante una prestación principal mediante una prestación fungible con la que constituye el objeto de la obligación del deudor primero".

Ahora bien, esta prestación fungible no puede ser la de un *Facere*, cuando se impone la garantía de la prestación por equivalente.

La garantía de la deuda ajena por el fiador, no consiste en hacerla suya, como erróneamente se acostumbra decir, sino en, "hacer nace de una deuda nueva y autónoma, si bien su contenido sea determinado, con el de la deuda principal y aquélla; puesta en relación de concurrencia alternativa con ésta; se caracterice por una función de garantía, que sirve para diferenciarla, aún estructuralmente, de la deuda principal.

La identificación entre la obligación principal y la obligación fiadora es y ha sido demostrada lógicamente falsa, pero como por otra

parte su contenido corresponde en el terreno económico, en cuanto es posible, al de la obligación principal, jurídicamente "el concepto que sirve en este punto el de la fungibilidad de las dos prestaciones: la prestación del fiador es posible en cuanto su objeto es sustituible al objeto de la prestación debida por el deudor", y en consecuencia, "la obligación que nace de la fianza no puede tener por objeto mas que una prestación pecuniaria".

Por otra parte, no se incurre en la imprecisión del artículo 2800 del Código Civil para el Distrito Federal, que parece requerir pacto expreso para que el fiador se obligue a pagar una suma de dinero "si el deudor no presta una cosa o un hecho determinado".

b) A simple vista parece indiscutible que la obligación del fiador tiene por objeto una prestación que consiste en un *dare*, o sea el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación principal garantizada, realizando por equivalente. Sin embargo es evidente que la prestación de garantía no siempre llega hasta un *dare*, como es el caso de las obligaciones principales futuras, en que no se hace exigible su pago, por que no se realiza la condición suspensiva a que están sujetas.

Por ejemplo, una fianza que garantiza el pago de una obligación principal que consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la suspensión del acto reclamado en un juicio de amparo.

Bien puede ocurrir que el quejoso y fiado a la vez, sea amparado y en este caso no surge la obligación principal garantizada. Si ésta no llega a nacer, tampoco nacerá la obligación accesoria del fiador, quien por tanto, no tendrá que hacer el pago que constituiría el *dare*. Sin embargo, nadie pretenderá hacer valer que no hubo una garantía verdadera del fiador y por tanto, prestación.

Lo mismo ocurre en la hipoteca que garantice la deuda ajena, pues si ésta es futura, y no llega a surgir o si es presente y se paga por el deudor principal, no por ello ha dejado de existir la garantía hipotecaria, la prestación correspondiente y el contrato respectivo.

c) Lo que se entiende por deuda de *praestare*. Como es sabido, está vivo el debate doctrinal con relación a este punto. Hay ante todo autores que niegan la existencia de una categoría de deudas que tengan por objeto un *praestare*, mas bien que un *dare* o un *fecere* (o *non facere*). Para estos autores todas las deudas tienen siempre por objeto, si bien se considera, un *dare* o un *facere*. La categoría del *praestare* sería por tanto superflua y, particularmente para el derecho moderno, debería ser suprimida. pero este criterio no es acogido generalmente.

Desde mi punto de vista, el término *praestare*, que etimológicamente, no significa sino *praes-stare* es decir, constituirse garante (*praes*) de la realización de un determinado hecho, servía precisamente para indicar que se otorgaba garantía de la verificación

de un cierto resultado; de donde, aún hoy, puede ser considerado como se refiere aquellos casos en los cuales una persona garantiza una determinada pena para el caso de que se verifique o no se verifique un determinado hecho prometido.

Es evidente el error en que se incurre generalmente en nuestro país, cuando se dice que la fianza de empresa, la prima es la contraprestación correlativa al servicio que presta la institución fiadora. No, la prestación de la fiadora no constituye un *facere*, ni el contrato de fianza de empresa puede ser un contrato de prestación de servicios, como tendría que ser necesariamente si la prestación del fiador fuera un servicio.

De lo anterior y de los elementos específicos, se desprende la naturaleza jurídica del contrato de fianza, puesto que garantiza personalmente la deuda ajena y no la indemnización del daño que cause el incumplimiento del fiado.

Se precisa que la obligación accesoria del fiador es siempre, en su última etapa, la de pagar por equivalente una cantidad de dinero, aunque la obligación principal tenga un contenido distinto.

En este régimen legal de la fianza de empresa, sólo resta para completarlo sin extravíos, que tratándose de un contrato de fianza, tiene muchos puntos de contacto con la fianza civil y por tanto, el régimen de ésta podrá aprovecharse en cuanto no pugne, con los

elementos específicos y las características que son su consecuencia necesaria, de la fianza de empresa.

Por otra parte, habrá que tener en cuenta que ésta tuvo su origen en cierto tipo de seguro de daños y que de él derivó prácticas de contratación que no pugnan en forma alguna con la naturaleza jurídica de la fianza, sino que por el contrario, se adaptan perfectamente y se han impuesto en una práctica constante de más de medio siglo. No queda más que aprovechar esa práctica contractual que ya constituye un derecho vigente y codificarlo, como se ha hecho en otros campos, tales como el del seguro privado.

Y amortizando todos estos elementos, se puede tener fundada esperanza en que se rija a la fianza de empresa con una amplitud tal de lineamientos que le señale un cauce seguro, que impida los extravíos, las prácticas viciosas y no por ello ponga trabas a su desarrollo, a su progreso y a su perfeccionamiento.

DISTINCIÓN ENTRE SEGURO Y FIANZA.

En los antecedentes de la fianza de empresa en nuestro país, se indicó que en 1932 las afianzadoras prácticamente pasaron a formar parte de las empresas de seguros, pues se consideró que la técnica operativa en ambas era similar; sin embargo, posteriormente las compañías afianzadoras nuevamente tuvieron un tratamiento singular.

A fin de aclarar el seguro y la fianza técnicamente, son diferentes y además son también dos figuras jurídicas distintas, a continuación se señalan las siguientes diferencias esenciales:

1.- La fianza tiene una naturaleza tripartita. "El Fiado" es aquella persona que ha convenido hacer alguna cosa: comportarse honradamente o ejecutar un contrato, amortizar un anticipo, garantizar su gestión, pagar un adeudo, etc.

"El Beneficiario de la Fianza" equivale al asegurado y la "Aseguradora" viene a tomar el lugar de la "Fiadora".

Por lo que la naturaleza tripartita es: "La fianza es una obligación mediante la cual una persona "La Fiadora", asume responsabilidades ante otra persona, "La Beneficiaria", por la deuda, obligación o conducta de una tercera persona "Fiada".

2.- La segunda discrepancia consiste en los contratos accesorios que invariablemente involucra la fianza. Pueden ser orales o escritos, o también estar contenidos en preceptos legales, como es el caso de las garantías que el Código Fiscal de la Federación autoriza constituir para asegurar el interés del Fisco e inconformidades por impuestos y multas. De todos modos siempre existe una fianza o un contrato complementario, implícito o expreso, que rara vez se encuentra el seguro.

MARCO JURIDICO

La fianza existe en cuanto a un tercero asume obligaciones por cuenta de otro, pero el nacimiento de la fianza es singular como resultado de un contrato principal acentuándose en las fianzas generales, denominadas administrativas.

Como ejemplo podemos considerar el contrato de obra a precio alzado celebrado entre una compañía constructora y una sociedad inmobiliaria, obligándose la primera a realizar una obra a precio cerrado y dentro de un plazo ya convenido. La obligación de la segunda, será suministrar los anticipos de dinero en la forma prevista.

El contrato se ha celebrado por estas dos personas, en razón de las personas mismas, sin que en ningún momento haya intervenido la Compañía de Fianzas. Ahora bien, las obligaciones de este contrato son recíprocas y pueden ser garantizadas, pero la fianza únicamente se podría dar para las obligaciones del contratista y no para las de la inmobiliaria, puesto que como se mencionó ésta debe pagar el precio de la obra siendo ésta operación de crédito, no puede garantizarse por una compañía de fianzas.

Pero en el caso de que las obligaciones del contratista se garanticen con fianza, entonces surge otro contrato independiente entre el propio contratista y la afianzadora, apreciándose el carácter accesorio al principal.

3.- Muy importante es que en el contrato de seguro, la compañía que lo expide asume todo el riesgo y las primas por tanto,

se calculan considerando tanto la posibilidad de pérdidas como la experiencia acumulada o que se espera obtener.

Es importante establecer en este aspecto la diferencia de técnica de operación de las compañías de fianzas y las de seguros. Estos siguen los sistemas de la mutualidad, que consiste en que con las contribuciones de los que participen en la operación, se cubre la suma convenida a aquellos para quienes se realiza el riesgo. Es así como los riesgos individuales se substituyen por uno colectivo aplicando la Ley de los grandes números, o dicho de otra manera, mediante la estadística se determina la frecuencia en que la eventualidad se presenta en un lapso determinado, en relación con los expuestos a ella, es decir, se hace el cálculo de posibilidades.

En el contrato de fianza, media siempre entre la Compañía otorgante y la pérdida, "el fiado", pues a éste le corresponde la principal responsabilidad ante el beneficiario y quien ha convencido en reembolsar a la fiadora lo que ésta tuviera que pagar a consecuencia de su fianza.

La teoría de la fianza de empresa es que nunca debe reportar pérdidas y en consecuencia, las sumas que se cobran por expedición de una fianza, no son estrictamente primas, sino cargos por la prestación de un servicio; que consiste en facilitar a quien solicita una fianza, la patente de solvencia que aquella implica.

4.- Otra de las esenciales diferencias estriba en que los contratos de seguro son casi siempre susceptibles de cancelación por parte del asegurado, en tanto que la mayor parte de las fianzas de cumplimiento, no contienen cláusula de cancelación y por tanto ésta opera hasta la extinción total de las obligaciones por el fiado en el contrato principal o subyacente que es objeto de garantía.

5.- La última y quizá la mas vital diferencia la constituye el hecho de que el seguro invariablemente imparte protección contra actos fortuitos como son: muerte, incendio, colisión, etc., en tanto que la fianza está íntimamente ligada en sus consecuencias con la voluntad de las personas a cuyo nombre se extiende, es decir, que necesita existir la intención evolutiva de distintos grados para que se incumpla un contrato, para que el empleado incurra en un abuso de confianza, en contra de los bienes que su patrón le ha confiado.

c) ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.

Clasificación según el maestro Efrén Cervantes Altamirano.

Dice el maestro, que la obligación fiadora en el Derecho Civil, surge de un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor directamente, tal y como lo consagra el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a las fianzas judiciales, manifiesta que tiene su causa o su fuente en una declaración unilateral de voluntad que hace el fiador ante la autoridad judicial correspondiente, que no es

parte en el acuerdo de voluntades, y por lo tanto no puede dar su consentimiento con relación a la manifestación del fiador. Por tanto menciona "en verdad no puede negar que la obligación del fiador sea normalmente una obligación convencional; pero eso no significa que en el campo de la fianza no se observen algunos fenómenos en los que esta explicación no se adecuó al esquema clásico del contrato".

La fianza judicial no puede llegar a la comprensión de algunas normas del Código Penal, si no es renunciado a buscar una explicación en el terreno del contrato y admitiendo que en tales hipótesis, la obligación del fiador nace de una declaración unilateral de voluntad, vinculante sin necesidad de aceptación. (31).

Refiriéndose el maestro al nacimiento de la obligación fiadora dentro de la fianza de empresa, señala una clasificación de la siguiente manera:

a) "En cierto tipo de fianza como la global y las de fidelidad, surgen a la vida jurídica en virtud de un contrato celebrado entre la fiadora y el acreedor de la garantía, que es el directamente interesado en obtener la protección de sus intereses económicos por delitos intencionales que pueden cometerse en su patrimonio por sus empleados, pues existe perfectamente determinado un acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear derechos y obligaciones. Es un contrato celebrado como en la fianza del Derecho Civil, entre la fiadora y el acreedor; aclara que éste es precisamente el caso de excepción".(32)

31.- Cita hecha por el Lic. EFREN SÁNCHEZ ALTAMIRANO, en su tesis profesional "Fianza de Empresa", 1950. Pág. 91 y 92

32.- CERVANTES ALTAMIRANO. Ob. Cit. Pág., 124 a 126.

b) "Se afirma que la regla general en la fianza de empresa que es la fuente de la obligación fiadora se funda principalmente en una estipulación a favor de tercero.

Esta estipulación se hace generalmente por el propio deudor principal con la institución afianzadora. De esta manera, afirma el deudor citado que, "de acuerdo con la estipulación a favor de tercero no hay dificultad para concebir la fuente de la obligación del fiador-Compañía, como una declaración unilateral de la voluntad hecha en un contrato; sin embargo, para ser congruente con esta tesis debemos admitir todas las consecuencias que tal estipulación puede llegar a producir".(33).

Por otra parte manifiesta que la fianza de Derecho común el contrato se celebra entre fiador y acreedor, constituyendo esto la fianza convencional, y no como piensa que se celebra entre deudor principal y fiador, en vista de que el consentimiento del afianzado es completamente innecesario en estos casos.

A este respecto, Ruiz Rueda manifiesta que no hay verdadera imposibilidad de que en estos casos de fianza de derecho común existe la realización de un contrato de fianza celebrado entre fiador y fiado a favor del acreedor, para reafirmar esta posición cita al Jurista Enneccerus en el párrafo que transcribo para mayor claridad.

33.- CERVANTES ALTAMIRANO. Ob. Cit. Pág. 129.

"Es concebible también un contrato concluido entre el deudor y el fiador a favor del acreedor, que otorgue a éste inmediatamente un derecho. Pero este caso será raro en la práctica".
(34).

El Maestro Cervantes Altamirano sigue citando, "que una de las principales fuentes de las obligaciones que contratan las compañías fiadoras, se funda en una estipulación a favor de un tercero. Sobre el particular diremos que la declaración unilateral de la voluntad que es uno de los capítulos de nuestro Código Civil de 1928, incluye en su capitulado la estipulación a favor de tercero".**(35)**

El Maestro García López manifestó "que la estipulación a favor de tercero no era mas que uno de los casos de declaración unilateral de la voluntad del promitente, en vista de que no se tenían elementos suficientes para afirmarlo, ya que se encontraba en el capítulo de la declaración unilateral de la voluntad". **(36).**

De lo anterior no se cita ningún razonamiento jurídico pues bien es sabido que las clasificaciones hechas en las leyes no son mas que coordinación de conceptos jurídicos y no hay duda acerca de que tales coordinaciones, base de la sistematización empleada en la legislación, no son obligatorias, ni para la práctica ni para la ciencia.

34.- CERVANTES ALTAMIRANO. Ob. Cit. Pág. 126 y 127.

35.- IDEM

36.- RUIZ RUEDA L. Ob. Cit. Pág.72.

De los antecedentes citados, se descubre que no arrojan ninguna luz técnica-jurídica sobre la inclusión de la estipulación a favor de tercero en el capítulo de la declaración unilateral de la voluntad, no mencionándose mas que el rubro del capítulo sin mayores explicaciones.

LO QUE CITA LA DOCTRINA.

Muchos autores se han preocupado por analizar el problema de la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, manifestando unos que "se trata de una verdadera declaración unilateral de la voluntad, que no es de carácter contractual, sin dejar de reconocer que esta obligación nace en el contrato".(37).

Esta posición es confusa y no precisa si se trata de una verdadera declaración de la voluntad independientemente si se deriva de un contrato.

En nuestro Código Civil de 1928, a pesar de que la estipulación a favor de tercero se incluye en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad, esta clasificación no es exacta, ya que la estipulación no es lo mismo que contratar en el lenguaje jurídico moderno y precisamente la estipulación a favor de tercero no tiene como causa o fuente de un acto unilateral.

37.-BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I. México. 1939. Número. 560, Pág. 442 y en la segunda edición, Pág. 356.

Por lo tanto debe aclararse que hubo una evidente confusión de ideas. Por otra parte, como mas adelante se verá, podría pensarse que la declaración unilateral de voluntad se hiciera en virtud de un contrato, pero tal posición es insostenible ya que lo único que se debe tomar en cuenta es que se agrega un paso mas en el acuerdo de voluntades, como lo es la causa y el nacimiento de la obligación, que es el efecto del contrato, efecto que no dejará de ser directo aunque fuera mediato. "Si las obligaciones nacen el un momento anterior, en la convención de las partes contratantes, indudablemente se entiende que es antes del acuerdo tácito o expreso del tercero beneficiario, ya que la promesa del promitente está hecha al estipulante y no al tercero y por tanto basta la aceptación de dicho estipulante para que nazca la obligación del promitente hacia el tercero".(38).

Por otra parte Rodríguez y Rodríguez, es partidario de la doctrina de que la fianza de empresa es invariablemente un contrato, en vista de que en innumerables disposiciones de la Ley de Fianzas, se hace referencia a un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades.(39).

En el mismo sentido Manuel G. Escobedo, manifiesta que "en la estipulación a favor de tercero no hay declaración unilateral de la voluntad, que es como su nombre lo indica es de una sola persona únicamente; que es un pacto celebrado por dos personas que produce

38.- RUIZ RUEDA L. Ob. Cit. Pág. 80.

39.- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, Déclmo Quinta Edición. 1987, Pág. 271.

efectos en relación a favor de un tercero; y que refiriéndose a la clasificación de nuestro Código Civil de 1928, insiste que tal clasificación no nos autoriza a aceptar que la fuente de las obligaciones, en este caso sea unilateral, puesto que existen dos partes contratantes: el que promete y el que hace prometer"(40).

LO QUE DICE EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Posiblemente la inclusión de la estipulación a favor de tercero dentro del capítulo de la declaración unilateral de la voluntad, se debió a un principio romano que dice: "**ALTERI STIPULARI NEMO POTES**", es decir, los contratos solo producen efectos para los contratantes.

En el Código de Napoleón se aceptó el mismo principio, en su artículo 1119, "no se puede en general, comprometerse ni estipular en su propio nombre, mas que para el mismo". Posteriormente vinieron varias doctrinas en Italia y en España que siguieron los mismos derroteros asemejándose a sus Códigos Civiles y descendiendo al principio romano ya expuesto.

Posteriormente se realizó un movimiento, principalmente en Alemania para descubrir el principio romano y fundamentar lógicamente la fuente de la obligación en la estipulación a favor de tercero.

40.- Revista Mexicana de Fianzas, en el Numero 7 del año de 1966, en la página 15, dirigida por el Editor, Lic. Fernando Castañeda Alatorre.

En primer lugar podríamos citar a Sigel que defendió la teoría de la declaración unilateral de la voluntad, considerando que en el contrato a favor de tercero, la fuente del derecho de éste, es la promesa unilateral del promitente. Esta singular teoría a sido rechazada plenamente por la mayoría de los juristas inclusive los alemanes y sólo en Francia tuvo mejor acogida.

En Francia el Jurista Saleilles manifiesta que: "en la estipulación para los demás, hay compromiso adquirido para con alguien y con alguien; hay convención, sólo que la prestación, en vez de ser hecha al estipulante será cumplida para con un tercero. Poco importa esto al promitente; su promesa es realmente contractual y absolutamente contractual. El derecho nacido en provecho del beneficiario no derivaría de una simple promesa dirigida a él, sino derivaría de un contrato respecto del cual él ha sido extraño, o en los términos, del hecho ajeno: la estipulación para los demás, constituiría realmente una curta fuente de la obligación.(41)

Debe hacerse notar que el Código Civil Alemán fue de una gran importancia para México, no solo en su articulado, sino también en sus trabajos preparatorios, ya que admite y acepta los mismos conceptos, en el sentido de que la estipulación a favor de tercero es un contrato, rechazando el principio de que los contratos sólo producen efectos para los contratantes.

41.- RUIZ RUEDA LUIS, Ob. Cit. Pág. 107.

En nuestro artículo 1870 es mas preciso que el correlativo 328 del Código Alemán, ya que determina sin duda alguna que el derecho del tercero nace en el momento mismo de que se perfecciona el contrato. Por consiguiente no hay posibilidad de que el tercero de su consentimiento. Tampoco existe la posibilidad, como lo afirma Ruiz Rueda de "desdoblar el contrato en dos actos jurídicos, el segundo de los cuales será una declaración unilateral, puesto que el derecho del tercero nace del perfeccionamiento del contrato y simultáneamente sólo hay un acuerdo de voluntades de la misma especie considerada en el artículo 1871 de nuestro Código Civil, que los denomina contrato".(42)

Nuestro Código Civil acepta una condición resolutoria del derecho ya nacido (artículo 1871 del Código Civil). Asimismo, se hacen oponibles al tercero beneficiario las excepciones del contrato original, lo que excluye al decir el maestro Ruiz Rueda, toda posibilidad de declaración unilateral como fuente del derecho del tercero.

Se manifiesta ampliamente en que la estipulación a favor de tercero en la forma jurídica de la celebración de la fianza de empresa en nuestro medio, pero únicamente se nota que la misma se encuentra establecida por el artículo 2794 del Código Civil, y no hay necesidad de buscarla en otra parte o recurrir a las formas jurídicas fuera de la que establece la ley.

42.- Ibid. Pág. 117.

Si en la parte general de las obligaciones que establece el Código Civil, se trata de estipulación a favor de tercero, no hay inconveniente en que la misma se encuentre plasmada en un contrato especial que trata el Código Civil en su artículo 2794, constituyendo la reglamentación de la fianza. Dicho en otras palabras, la estipulación a favor de tercero se encuentra también en el contrato de fianza.

PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVA UNA FIANZA.

Los métodos que se emplean en las Instituciones de Fianzas para el trámite de reclamaciones varían según la naturaleza del riesgo y las circunstancias que lo rodean.

Para poder hacer efectiva una fianza de empresa, debe primero haber un incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato fuente que le dio vida a esta póliza de fianza, o bien tratándose de las Fianzas de ramo de fidelidad, debe haber el descubrimiento de la comisión de un delito patrimonial cometido por el empleado afianzado hacia el patrón; esto es el beneficiario de la póliza.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el capítulo IV, establece los procedimientos especiales para poder requerir a una Institución de Fianzas el pago de una póliza por incumplimiento del acto jurídico que le dio vida, esto es, la ley establece principalmente

MARCO JURIDICO

dos grupos de procedimientos para poder reclamar el pago de una fianza, los administrativos y los judiciales.

Dentro de los administrativos, la reclamación se puede realizar, de dos formas ante la propia Institución Afianzadora que emitió la póliza, o bien, ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, órgano de vigilancia y control de las Compañías Afianzadoras.

Dentro de los procedimientos judiciales podemos mencionar, que se tramitará ante los Tribunales de Primera Instancia o bien ante Juzgados de Distrito, por tratarse materia federal, mediante un juicio denominado "Juicio Especial de Fianzas", mismo que se encuentra regulado por el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por otra parte existe también un procedimiento, para hacer efectivas las fianza otorgadas a favor de la Federación del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, este procedimiento se encuentra regulado por los artículos 95 y 95 bis, además por el reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones Fiscales Federales a cargo de terceros.

RECLAMACIÓN ANTE COMPAÑÍA AFIANZADORA.

El beneficiario de una póliza de fianza, puede presentar su reclamación ante la compañía afianzadora, mediante un escrito, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

Por otra parte la afianzadora tendrá el derecho de solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación relacionada con la fianza motivo de la reclamación, dentro de los primeros quince días posteriores a la recepción del escrito de reclamación.

Una vez integrada la reclamación con todos los elementos que permitan entrar al estudio de la procedencia o improcedencia de la reclamación, la afianzadora contará con treinta días naturales para proceder al pago o al rechazo de la reclamación, el rechazo en todo caso, tendrá que ser por escrito manifestando las causas que dieron origen a la improcedencia.

La afianzadora, durante los treinta días a que me refiero en el párrafo anterior, podrá contactar al fiado a efecto de requerirle que demuestre si cumplió con la obligación garantizada, además podrá solicitarle que garantice por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad aun

antes de haber pagado la fianza, esto en la práctica cotidiana sucede poco toda vez que por lo regular el fiado no se acerca a la afianzadora.

Lo anterior se encuentra regulado por el artículo 93 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas en vigor.

RECLAMACIÓN ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS.

Para el caso de que el beneficiario optara por presentar su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el procedimiento cambia substancialmente, esto es, se seguirá un procedimiento conciliatorio el cual se deberá agotar en todo caso.

El beneficiario presentará un escrito ante dicha Comisión, con ese escrito se correrá traslado a la compañía afianzadora mediante oficio dentro de los siguientes diez días de presentada la reclamación.

Una vez que sea entregado el oficio a la compañía afianzadora, esta deberá rendir un informe dentro de los diez días siguientes, en el que responderá el forma pormenorizada respecto de los hechos a que se refiere la reclamación, en dicho escrito la afianzadora podrá solicitar a la Comisión cite al fiado a efecto de que comparezca a la conciliación, para lo cual tendrá que señalar el domicilio del fiado.

Rendido el informe por la compañía afianzadora, la Comisión citará a las partes a fin de que se lleve a cabo una junta de avenencia, en esta audiencia se tratará de avenir a las partes a fin de que si es procedente se pague la reclamación, es de mencionarse que en esta junta no se entra al estudio de la reclamación, si no se llegara a ninguna conciliación, el reclamante puede designar árbitro a la Comisión, a efecto de que la reclamación sea llevada a cabo dentro de un procedimiento arbitral, que será obligatorio para la institución de fianzas o bien puede optar por dejar a salvo sus derechos ante los tribunales competentes.

En el juicio arbitral ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, se ofrecerán pruebas tanto del beneficiario como de la compañía afianzadora, una vez admitidas y desahogadas, se abrirá un periodo de alegatos, y por último se dictará el laudo respectivo que condene o absuelva a la compañía de fianzas.

El laudo que se dicte en un procedimiento arbitral ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, solo admitirá como medio de defensa, el juicio de amparo indirecto.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL ANTE LOS TRIBUNALES DEL FUERO COMÚN O DEL FUERO FEDERAL.

En la práctica se le conoce a este juicio como "Especial de Fianzas", se lleva a cabo a elección del beneficiario el presentar una demanda ante los tribunales del fuero común o del fuero federal, en la

MARCO JURIDICO

vía especial de fianzas, el procedimiento se encuentra regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (art. 94), por el Código de Comercio y por el Código de Procedimientos Civiles, estos últimos de aplicación supletoria a la Ley de Fianzas.

Una vez presentada la demanda por el beneficiario, se correrá traslado a la compañía de fianzas, para que esta en el término de cinco días produzca su contestación, en la cual se negaran o aceptaran los hechos que se le imputan, así como podrá promover las excepciones y defensas que el caso ameriten.

Una vez contestada la demanda se concederá un término ordinario de prueba, en el que se tendrán que ofrecer y admitir, el desahogo se puede llevar acabo en término posterior, una vez que han sido desahogadas todas las pruebas el juez abrirá el periodo de alegatos, para que las partes aleguen lo que a su derecho convenga, dicho plazo será de tres días para ambas partes.

Concluido el periodo de alegatos a que me referí en el párrafo anterior, el Juez citará a las partes para oír sentencia, la cual admitirá recurso de apelación en ambos efectos.

La ejecución que se dicte en los juicios especiales de fianzas, serán en todo caso ejecutadas por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, esto es, una vez que cause ejecutoria la sentencia que condene al pago de la fianza, será notificada a la Comisión, quien a los diez días siguientes requerirá a la afinzadora el

cumplimiento de la sentencia, si a las setenta y dos horas la compañía no demuestra haber dado cumplimiento, la Comisión ordenará el remate en la Bolsa, de los valores propiedad de la institución, y con la cantidad que corresponda se pondrá a disposición de la autoridad jurisdiccional.

Como vemos este procedimiento es completamente diferente a cualquier juicio de carácter mercantil, por mencionar algunas diferencias, en este juicio, la dilación probatoria es más corta que en el juicio ordinario mercantil y en el ejecutivo mercantil, no existe la publicación de probanzas, y el periodo de alegatos también es más corto, y en el incidente de ejecución de sentencia interviene un órgano de vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para dar cumplimiento a las sentencias dictadas.

Por lo que respecta a las fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, como ya lo mencioné, este procedimiento se encuentra regulado por los artículos 95 y 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y su reglamento; para estos casos se observara lo siguiente:

El artículo 95 en su fracción IV establece: "En caso de inconformidad contra el requerimiento, las instituciones de fianzas dentro de 30 días naturales señalado en el artículo anterior, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente que hizo el pago o que se cumplió con los requisitos

MARCO JURIDICO

que menciona la fracción V, esto es dentro de los 30 días naturales, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado.

Cuando la Tesorería de la Federación, pretenda hacer efectiva una fianza de las otorgadas en su favor, del Distrito Federal, de los Estados o de los municipios, las Compañías afianzadoras cuentan con el recurso a que se refiere la fracción VI del artículo 95 que conocerá el Tribunal Fiscal de la Federación y en que ha de reclamarse la improcedencia del cobro.

Por su parte el artículo 95 bis establece para el caso de inconformidad contra el requerimiento las instituciones de fianzas, que dentro del término de 90 días naturales, señalados en el artículo 95, demandarán ante el Tribunal Fiscal de la Federación, la improcedencia del cobro.

Las compañías afianzadoras están obligadas a por decreto a someterse al procedimiento administrativo de ejecución desde 1956, cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Oficio Circular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que a continuación se transcribe íntegramente:

"OFICIO CIRCULAR que dá instrucciones para la aceptación de fianzas a favor del Gobierno Federal que otorguen las instituciones autorizadas.

"Este oficio circular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Tesorería de la Federación. Jefatura. 401-SC-642-Expediente 140(010)/6076, aparece publicado en el "Diario Oficial" de la Federación el 28 de junio de 1956; dirigido a todas las autoridades Federales cita lo siguiente:

"Por acuerdo superior comunico a Usted que a partir del primero de julio sólo serán aceptadas las fianzas que se otorguen a favor del Gobierno Federal por las Instituciones de fianzas legalmente autorizadas por esta Secretaría, siempre que las pólizas que extiendan para hacer constar los términos de las obligaciones que contraigan, y cuya calificación queda a juicio y responsabilidad de la autoridad aceptante contengan una cláusula adicional del tenor siguiente:

"En el caso de que la presente fianza se haga exigible, la institución fiadora se somete expresamente al procedimiento de ejecución establecido en el decreto de 26 de diciembre de 1953, que reformó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y ésta conforme en que se aplique dicho procedimiento, con exclusión de cualquier otro".

Fechado en la Ciudad de México Distrito Federal, el 21 de junio de 1956, por el Tesorero Vicente Luna Campos."

MARCO JURIDICO

En base a lo anterior, por lo que corresponde al procedimiento administrativo de ejecución, que es procedimiento coactivo en la vía administrativa, se suscita la controversia de si la obligación de la afianzadora, deriva de la exigibilidad de la garantía, era crédito Mercantil o Fiscal.

Como consecuencia del tratamiento totalmente diverso de los procedimientos utilizables para el cobro, ya que referirse al que ejercita el estado, este es impugnabile en cuanto a su validez ante el Tribunal Fiscal de la Federación, por otra parte la Ley Procesal aplicable al juicio de nulidad, es la contenida en el Código Fiscal de la Federación y por si fuera poco, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, autora de la iniciativa de las reformas de 1953 a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sostuvo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el carácter fiscal de la obligación y ese alto Tribunal sostuvo entre otras cosas, que por tanto, aunque una multa pertenezca al fisco, esa circunstancia no le imprime naturaleza fiscal a la resolución, por lo que el Tribunal Fiscal sólo puede conocer de inconformidades contra Leyes Tributarias.

Por tanto, debería concluirse, que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al dar competencia al Tribunal Fiscal de la Federación para conocer de las inconformidades procesales suscitadas en el procedimiento de cobro de crédito de las fianzas

mercantiles a favor del estado, implícitamente reconoce tal crédito como de naturaleza fiscal.

En conclusión, las dudas quedan superadas por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir en el Amparo en revisión Núm. 5013/56, donde se lee lo siguiente:

"...El Estado, con el nombre de Fisco o de Hacienda Pública, es un mero beneficiario de una pura relación contractual, pero respecto de la cual no es parte contratante sino un tercero..."

Así como por el reconocimiento expreso que respecto a su competencia hace el Tribunal Fiscal de la Federación, para conocer sólo los conflictos originados por Créditos Tributarios y por el contenido de los oficios que la Procuraduría Fiscal de la Federación por conducto de su Departamento legal, giró a las Compañías de Fianzas durante el año de 1955 y 1956, fechas posteriores a la que dio vigencia a las reformas de 1953 que suscitaron la duda respecto de la naturaleza fiscal o mercantil del crédito derivado de las fianzas a favor del Estado, donde declaró su incompetencia para decidir esa clase de conflictos fundándola en el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

A lo que resta afirmar que el tratamiento oficial que se da actualmente a la fianza mercantil que tiene como beneficiario al Estado, es una obligación fiscal en todo sus aspectos, aun antes de

MARCO JURIDICO

hacerse exigible la obligación pues las instituciones afianzadoras por disposición del párrafo segundo de la fracción I del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que estarán obligadas a enviar a la Tesorería de la Federación todas las pólizas de fianzas que expidan a favor de la Federación.

FIANZAS A FAVOR DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL.

Aunque el Instituto Mexicano del Seguro Social tiene personalidad jurídica propia, y la misma no puede confundirse con la de las personas jurídicas mencionadas en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ha de reconocerse que, de acuerdo con el artículo, 135 de la Ley Orgánica del Instituto, éste tiene el carácter de organismo fiscal autónomo, para los efectos señalados en ese artículo, el cual fija también el carácter de fiscal a las aportaciones que tenga el instituto y al procedimiento administrativo de ejecución de las liquidaciones que no le fueren cubiertas, además de que las leyes de ingresos de la Federación preceptúan como ingresos de la misma "las aportaciones del Instituto Mexicano del Seguro Social".

Por consiguiente, al observarse el procedimiento fijado en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no se comete violación alguna a dicho precepto.

ACCIONES QUE NACEN DE LA RECLAMACIÓN O PAGO DE UNA FIANZA DE EMPRESA.

Una vez que una compañía de fianzas hace pago de una fianza, esta se subroga en todos y cada uno de los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada, art. 122 de la L.F.I.F.

En otros términos, la afianzadora podrá repetir en contra de su fiado una vez que esta halla pagado la fianza, puede requerir de pago al fiado antes de ella haber pagado la fianza.

Las compañías afianzadoras, pueden recurrir a diversos procedimientos judiciales, para garantizar un posible pago o bien recuperar las cantidades ya pagadas.

Es el caso, de que cuando un beneficiario, presenta su reclamación, utilizando cualquiera de los procedimientos que han quedado debidamente explicados, la compañía de fianzas puede presentar una demanda ordinaria mercantil a efecto de demandar del fiado que garantice por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades que la afianzadora pueda pagar con motivo de la fianza además puede solicitar al Juez, decrete un embargo precautorio en los bienes propiedad del demandado, tanto el juicio ordinario mercantil como la providencia precautoria, se encuentran debidamente fundamentadas por los artículos 97 y 98 de la Ley Federal de

MARCO JURIDICO

Instituciones de Fianzas, pero deben darse ciertos requisitos como lo son para el juicio ordinario mercantil:

a) Cuando se haya requerido judicial o extrajudicial el pago de alguna cantidad en virtud de la fianza otorgada, que es el caso de la reclamación en cualquiera de sus modalidades.

b) Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que me referí en el inciso anterior.

c) Cuando cualquiera de los obligados sufran menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.

d) Que el fiado haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio.

Si se da alguno de los supuestos a que me he referido se diera, la compañía de fianzas puede solicitar el secuestro precautorio de bienes propiedad del fiado, esto con la finalidad de que en el supuesto que llegase a pagar una fianza, la compañía pueda tener las suficientes garantías de recuperación, para poder resarcir el menoscabo de su patrimonio.

Ahora bien si el la compañía afianzadora no presentare el juicio ordinario mercantil antes de ella haber pagado la fianza, tendrá derecho a demandar en la vía ejecutiva mercantil el pago de la cantidad que ella pago por la reclamación.

Los documentos que traen aparejada ejecución para recuperación y cobro de primas. Para que proceda dictar el auto de ejecución por el Tribunal que conozca del juicio ejecutivo mercantil en que la compañía de fianzas reclame la recuperación del pago que haya hecho o bien de cobro de primas, es necesario exhibir como documentos base de la acción, los que traigan aparejada ejecución y que son los que emanan del artículo 96 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas.

Esto es el contrato para el otorgamiento de fianzas, acompañado de la certificación del contador de la institución de fianzas, de es éstas pagó el beneficiario, y de una copia simple de la póliza llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente.

Igualmente, dicho documento y la mencionada copia, traerán aparejada ejecución para el cobro de las primas vencidas y no pagadas con la certificación del contador de la institución respecto a la existencia del adeudo.

La firma del contador del institución de fianzas deberá ser legalizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

MARCO JURIDICO

Los contadores de las Instituciones que al certificar los documentos a que se refiere este artículo, incurran en falsedad, serán sancionados con prisión de seis meses a dos años. El contador y la institución de fianzas, solidariamente, responderán de los daños y perjuicios que con este motivo se causen.

A diferencia de las fianzas no mercantiles, las instituciones afianzadoras no gozan del beneficio de orden y excusión, según disposición expresa el artículo 118, por lo que sus fianzas no se extinguirán, aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor.

A grandes rasgos estos son los diferentes procedimientos administrativos o judiciales con los que cuenta el beneficiario para poder requerir del pago de una fianza, asimismo la institución de fianzas también tiene diversos procedimientos judiciales para recuperar los montos que ella paga por las fianzas

CAPITULO CUARTO

DIFERENCIAS Y SIMILARIDADES QUE EXISTEN ENTRE LA FIANZA Y EL REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO.

a) Noción del reafianzamiento y distintos criterios al respecto.

- 1.- Concepto de contra o retrofianza
- 2.- Elementos personales del reafianzamiento
- 3.- Elementos formales del reafianzamiento
- 4.- Contenido obligacional o efectos que produce el reafianzamiento

b) El reafianzamiento en relación con la fianza.

- 1.- Cual es la obligación principal garantizada en el reafianzamiento.

c) El coafianzamiento en relación con la fianza.

- 1.- El coafianzamiento en la fianza de empresa
- 2.- Elementos de la definición legal
- 3.- Mancomunidad en el coafianzamiento
- 4.- Coafianzamiento presunto
- 5.- Beneficio de división
- 6.- Garantías de recuperación
- 7.- Acción de reembolso parcial
- 8.- Utilidad del coafianzamiento de empresa

d) Como se considera al reafianzamiento en la práctica cotidiana.

A) Noción del reafianzamiento y distintos criterios al respecto.

INTRODUCCIÓN.

Cuando hablamos de la fianza civil, vemos que atendiendo al tipo de obligación principal garantizada, la fianza se podía dividir en tres tipos fianza, subfianza y retro o contrafianza.

Del primer tipo hemos hablado ampliamente y señalado su origen en el derecho romano, pero de los otros dos no nos hemos ocupado a profundidad, esto es, solo se han mencionado, y conviene que analicemos su procedencia, sobre por lo que respecta a la retro o contrafianza, pues será de mucha utilidad para el desarrollo de este capítulo.

1) Concepto de contra o retrofianza:

Siguiendo la connotación contractual de la fianza civil, y dentro de este campo del derecho podremos considerar a la contra o retrofianza como:

"El contrato celebrado por una persona denominada fiador con otra denominada contra o retrofiador, y por el cual éste se compromete a reintegrar a aquel las sumas que hubiere pagado al

acreedor por el incumplimiento del deudor principal, y siempre que este no lo haga". (42)

Como se ve lo que se garantiza por el contra o retrofiador es precisamente la acción de reembolso a cargo del deudor principal y a favor del fiador, y ya hemos visto que dicha acción también se denomina de repetición, o de regreso de ahí que se use indistintamente la palabra contrafianza o retrofianza, este último término de origen germánico, y que la doctrina alemana la define como "la fianza por el crédito eventual de repetición del fiador contra el deudor principal" (43).

En consecuencia, los elementos personales de la contra o retrofianza son el fiador y el contrafiador, el elemento real es la obligación de reembolso del deudor y el efecto directo de dicho negocio es la obligación del contrafiador de reembolsar al fiador lo que éste hubiere pagado al acreedor, si el deudor no cumple con dicha obligación de reembolso.

2) Elementos personales del reafianzamiento:

Ya vimos que por disposición del artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el reafianzamiento es un "contrato", pues se forma entre dos instituciones de fianzas fiadora

42.- GÓMEZ CANTÚ, ALEJANDRO. La naturaleza jurídica del reafianzamiento. Revista Mexicana de Fianzas, Número 8, Página 291.

43.- IDEM

DIFERENCIAS Y SIMILARIDADES QUE EXISTEN ENTRE LA FIANZA, EL REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO

directa o reafianzadora y reafianzadora, que sea sólo obligaciones entre éstas, luego las partes entre éstas, luego las partes formales y materiales de este negocio son la reafianzadora y la reafianzada.

Ambas deben de estar autorizadas para operar como instituciones de fianzas, de acuerdo con los artículos 1º, 2º y 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y la reafianzadora no puede obligarse en exceso de su margen de operación, excepto en el caso previsto por el artículo 34 de esa ley como lo previene el artículo 30, segundo párrafo. Las afianzadoras pueden otorgar fianzas superiores a su margen de operación mas el importe de los valores de Estado afectos a su reserva de contingencia, en cuyo caso el exceso deberá reafianzarse, y en tal caso la reafianzadora puede obligarse a una suma igual a su margen de operación más el importe de los valores del Estado afectos a su reserva de contingencia.

Este punto es muy importante, por que la reafianzadora no se obliga frente al acreedor o beneficiario directo, éste ya ha sido garantizado EN FORMA TOTAL por la póliza directa de la reafianzada o fiadora directa.

No incluimos como parte al deudor principal, o fiado, ya que, como hemos visto, la acción reembolso y la de subrogación, tienen su fuente, ya sea en un mandato tácito, ya en una gestión de negocios, o en el último de los casos, como quieren algunos autores, en un enriquecimiento ilegítimo, pero no en el contrato de fianza civil,

ni en la fianza de empresa, ni, por ende, en el contrato de reafianzamiento.

Mencionaremos por último, que si bien el artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, habla expresamente de "contrato", lo cierto es que la reafianzada "propone" a la reafianzadora el otorgamiento del reafianzamiento, y ésta última lo acepta y expide su póliza, luego la obligación de la reafianzadora surge de ese acuerdo de voluntades, que configura un contrato artículo 1793 del Código de Comercio

3.- Elementos formales del reafianzamiento:

Siguiendo la disposición del artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; el reafianzamiento debe otorgarse a través de una póliza; y respecto a sus características, nos remitimos a los señalados para la forma de la fianza de empresa en el capítulo anterior, sólo mencionaremos que en este caso estamos frente a un contrato póliza, tal como ocurre con la fianza de fidelidad, y similar al contrato póliza de seguro, artículos 1º y 19 de la Ley Sobre el Contrato de seguro.

4.- Contenido obligacional o efectos que produce el reafianzamiento:

Vamos a invertir nuestro sistema de exposición, para hablar, primero, de este punto, y posteriormente hablar del elemento real de reafianzamiento, cosa que se justificará con lo que se expone a continuación:

Podríamos establecer las siguientes relaciones, para saber si el reafianzamiento produce efectos entre los extremos de las mismas:

- a) Reafianzadora- reafianzada.
- b) Reafianzadora- acreedor.
- c) Reafianzada- deudor.
- d) Reafianzada acreedor.
- e) Reafianzada- deudor.

Veamos cada una de esas relaciones:

a) Reafianzadora- Reafianzada:

El artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos dice que la obligación de la reafianzadora es pagar a la reafianzada, en la proporción correspondiente esto es en la parte proporcional que se reafianzó "las cantidades que ésta DEBA cubrir al beneficiario por su fianza", esto es la fianza directa.

En segundo párrafo el artículo lo mencionado vuelve a hablar de que, en caso de que sean varias reafianzadoras, cada una

deberá responder, en su parte proporcional, ante la fiadora directa, "en relación con la cantidad QUE DEBA CUBRIRSE al beneficiario".

En su segundo párrafo el artículo lo mencionado vuelve a hablar de que, en caso de que sean varias reafianzadoras, cada una deberá responder, en su parte proporcional, ante la fiadora directa, "en relación con la cantidad QUE DEBA CUBRIRSE al beneficiario".

En seguida, el artículo 115 del ordenamiento en cita, nos dice que la reafianzadora "estará obligada a promover de fondos a la reafianzadora, CON OBJETO DE QUE ESTA CUMPLA SUS OBLIGACIONES COMO FIADORA".

Si analizamos la primera obligación o sea la señalada por el artículo 114, nos encontramos que la reafianzadora debe pagar a la reafianzada, las cantidades que ésta DEBA pagar al acreedor o beneficiario, es decir, que la expresión de dicha disposición legal, nos hace pensar que dicho pago es ANTERIOR al momento del pago hecho al acreedor y no se trata sólo de un "lapsus" del legislador, puesto que vuelve a utilizarse la forma verbal "DEBA" en el segundo párrafo del artículo que se comenta. Nos confirma en lo anterior el hecho de que al hablar de la acción de reembolso en la fianza directa, el legislador utiliza la expresión "PAGO", como puede verse del artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. y no habla de DEBE PAGAR, lo cual se explica por la razón de la fuente de la acción de reembolso y del momento en que la misma nace, pues ya

hemos visto que la fuente es independiente del negocio jurídico de la fianza y por otra parte la acción citada sólo se da HASTA QUE EL FIADOR HUBIERE PAGADO, artículo 2828 del Código de Comercio y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas..

En esas condiciones, tal parece que el reafianzamiento no garantiza la obligación de reembolso a cargo del deudor principal, pues ésta simplemente no ha nacido, ya que la reafianzada y fiadora directa AUN NO PAGA, y en consecuencia difiere de la retro o contrafianza, tal como la hemos expuesto. Analizando la segunda obligación, o sea la señalada por el artículo 115, nos encontramos que la reafianzadora, debe proveer de fondos a la reafianzada, cuando a ésta se le haya requerido la fianza directa, con el objeto de que pueda cumplir con sus obligaciones. Obviamente este artículo nos está hablando de un momento anterior al pago de la fianza directa, pues las expresiones "provisión de fondos" y "con objeto de que cumpla sus obligaciones como fiadora" así lo demuestran.

Ahora bien, resultaría sumamente curioso que si la reafianzadora garantiza la acción de reembolso, se le exigiera que "proveyera de fondos" a su acreedora, o sea la reafianzadora, pues lo único que hemos encontrado tanto en materia civil, como en la fianza de empresa, es que al PROPIO DEUDOR PRINCIPAL se le obligue a ASEGURAR EL PAGO, una vez que la obligación principal se haya hecho exigible, artículos 97 y 2836 del Código de Comercio y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, respectivamente y aun más,

si la fiadora directa no paga, todavía no es exigible la obligación de reembolso a cargo del deudor, artículo 2828 del Código de Comercio, luego se le pide a la fiadora del deudor por lo que respecta a la obligación de devolución, que asegure el pago de una obligación que aún no es exigible. En consecuencia si la reafianzadora "provee de fondos" a la reafianzada, cuando ésta aun no paga, tal parece que la obligación principal que garantizó no es la de reembolso a cargo del fiador, por que, como hemos dicho, ésta simplemente no es exigible.

b) Reafianzadora- acreedor:

Veamos, ahora, si la obligación garantizada por la reafianzadora, es la misma que garantizó la reafianzada o fiadora directa, a la luz de las disposiciones que venimos comentando, y de los demás artículos que regulan la figura a estudio.

El artículo 114 nos dice que el reafianzamiento es la fianza que se otorga por una fiadora a favor de otra y por la que aquella se obliga a pagar a ésta, las cantidades que deba cubrir al beneficiario por su fianza. En consecuencia el reafianzamiento es sólo a favor de la reafianzada, es decir, no es favor del acreedor o beneficiario directo, lo que se confirma con la disposición contenida en el artículo 21 de que el reafianzamiento se otorga como garantía de recuperación, cuando la fiadora directa ha expedido una fianza en exceso de su margen. Expliquemos este mecanismo: supongamos que A (acreedor) y D (deudor) han celebrado un contrato de obra a

DIFERENCIAS Y SIMILARIDADES QUE EXISTEN ENTRE LA FIANZA, EL REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO

precio alzado, y como consecuencia del mismo, A le ha entregado a D un anticipo de \$1'000,000.00, pero exige que la debida inversión del mismo sea garantizada por una afianzadora; D, acude con F (afianzadora) para que le expida una póliza a favor de A, que garantice el anticipo en cuestión, pero resulta que el margen de operación de F, es de sólo \$500,000.00. Entonces F, con apoyo en los artículos 17 y 18 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, exige a D, que le otorgue garantías de respaldo suficientes a cubrir la suma a garantizar o sea \$1,000,000.00., D las otorga y F expide su fianza por la suma total del anticipo, pero reafianza el excedente de su margen de operaciones con R.(Reafianzadora), quien en consecuencia, expide una póliza por \$500,000.00 a favor de F, obligándose en los términos del artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De lo dicho resalta lo siguiente:

1.- El acreedor o beneficiario directo, se halla garantizado totalmente con la fianza expedida por la fiadora directa o reafianzada.

2.- No obstante que reafianzó el exceso de su margen, la reafianzada o fiadora directa, obtuvo garantías de respaldo por la suma total de su fianza, en los términos del artículo 29 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues no olvidemos lo señalado anteriormente de que el reafianzamiento siempre coexiste con otra u otras garantías de respaldo.

3.- La reafianzadora no se ha obligado frente al acreedor o beneficiario directo, sino frente a la reafianzada, artículos 114 y 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Si la reafianzadora no se ha obligado frente al acreedor o beneficiario directo, puesto que su póliza ha sido expedida a favor de la reafianzadora, el citado acreedor CARECE DE ACCIÓN frente a la reafianzadora, y en consecuencia, no podemos sostener, que la obligación que se garantizó con el reafianzamiento, fue la misma obligación principal a cargo del deudor y a favor de dicho acreedor, puesto que adoptar dicha postura, ante la evidente carencia de acción de dicho acreedor, es un absurdo, pues equivaldría a sostener que el titular de un derecho no estuviese en aptitud de hacerlo valer. Conviene que insistamos que el acreedor a la reafianzadora, por que simplemente ésta NO SE HA OBLIGADO ante él, ya que su póliza constituye un derecho a favor de la reafianzada y no de él pues recordemos lo dicho a cerca de la fuente y forma de la fianza de empresa, a través del análisis que hicimos del artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Luego el reafianzamiento tampoco parece garantizar la obligación fiadora, que llamaremos directa, para mayor claridad, y en consecuencia, tampoco se puede asimilar a la subfianza, cuyo contenido y alcance ya hemos expuesto.

Además, y desde el momento en que el acreedor directo no es beneficiario del reafianzamiento, tampoco podríamos hablar de un coafianzamiento, ya que en éste, como veremos, el acreedor tiene acción contra todos los cofiadores.

De lo dicho, resulta claramente que tampoco parece garantizar la reafianzadora la obligación principal directa, pues en tal caso, repetimos, el acreedor tendría acción en su contra, pero, como hemos visto, la reafizadora no se ha obligado con él.

Dicho en otras palabras, para que habláramos de que el reafizamiento garantice, sea la obligación principal como cofiadora al lado de la fiadora directa de la reafianzada frente al acreedor como subfiadora, se necesitaría que el reafianzamiento se hubiese expedido a favor de la reafianzada o fiadora directa, artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Luego si el reafiazamiento parece no ser ni una fianza directa, ni una subfianza, ni una retro o contrafianza, ni un coafianzamiento, ¿qué tipo de figura es?, o dicho de otra manera, en un análisis de sus efectos, ¿que obligación garantiza accesoriamente?

Antes de responder a estas interrogantes, analicemos las tres posibles relaciones que nos faltan por estudiar:

c) Reafianzadora- deudor principal:

Ya hemos visto que el reafianzamiento se "contrata" entre reafianzadora y reafianzada, y que ésta ha expedido su póliza por el total de la suma garantizada, incluyéndose aquella que "cede" en reafianzamiento, y que, por otra parte, ha exigido las garantías de respaldo necesarias, al "solicitante", que como ya hemos indicado, es ordinariamente el deudor principal, en consecuencia, en el contrato solicitud, no interviene para nada la reafianzadora, y por ende, no es parte del mismo, de ahí que, con suma lógica, nuestro legislador haya eximido, como se ha dicho, a la reafianzadora de la obligación de contar con suficientes y comprobables garantías de respaldo, artículo 29 Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a *contrario sensu*, dejando a cargo de la responsable o fiadora directa la obligación de hacerlo por la suma total garantizada con la fianza directa.

Resumiendo, podemos decir, que entre deudor y reafianzadora no existe relación jurídica que derive directamente del reafianzamiento o del contrato solicitud, pero reservemos, para analizar más adelante, una posible acción en contra del deudor, aunque nacida de una fuente distinta.

d) Reafianzada.- acreedor principal:

Ya hemos visto que la reafianzada o fiadora directa ha expedido su póliza por la suma total garantizada, y por la suma total

garantizada, y por ende el acreedor posee acción para exigir el monto total, independientemente de que hubiere "cedido" la reafianzada una parte de dicha suma a la reafiazadora. Pero es acción nace de la fianza directa, ajena, obviamente, a reafianzamiento.

Es más, para el acreedor es totalmente irrelevante el que la reafiazadora no haya "provisto de fondos" a la fiadora directa, pues ésta se ha obligado a responder íntegramente de la obligación principal, artículos 29, 114 y 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas., lo que se explica por el principio de que "*Res inyer alios acta aliis neque nocere, neque pordesse potest*".

e) Reafianzada - deudor principal:

Entre ellos existe una relación contractual contrato solicitud y una relación extracontractual, derivada de un mandato tácito y actualizable a través de la "actio mandati contraria", consistente en la obligación de reembolso, ahora bien, esta última obligación es por el total de la suma pagada al acreedor, independientemente de que una parte de la suma garantizada, se haya cedido en reafianzamiento, puesto que de la misma forma que la fiadora directa o reafianzada, está obligada a cubrir íntegramente al acreedor la suma garantizada, en caso de incumplimiento del deudor, de la misma forma está obligado a reembolsar íntegramente a la reafianzada o fiadora directa, la suma que ésta hubiere pagado, artículos 2828 y 2829 del Código de Comercio y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Pero estas relaciones entre el deudor y la reafianzada no surgen del reafianzamiento, sino que son ajenas al mismo, pues su fuente, como hemos visto, es muy distinta.

En síntesis, la única relación jurídica, y por ende los únicos que surgen del reafianzamiento, son entre reafianzadora y reafianzada o fiadora directa.

Pero ahora analicemos planteado en líneas anteriores o sea, cuál es el contenido obligacional del reafianzamiento y cuál la obligación principal que garantiza accesoriamente.

a) Obligaciones que genera el reafianzamiento:

Vamos a analizarlas, separando las que corresponden a la reafianzada, y las que corresponden a la reafianzadora, que ya hemos indicado, o mejor dicho, señalado como ' las únicas partes en el reafianzamiento:

b) De la fiadora directa Reafianzada:

Contratar las garantías de respaldo suficientes y comprobables, aún de la parte "cedida" en reafianzamiento, artículo 29 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas."

DIFERENCIAS Y SIMILARIDADES QUE EXISTEN ENTRE LA FIANZA, EL REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO

Podría objetarse que esta obligación no brota del reafianzamiento, sino más bien de la ley, y que debe pactarse su otorgamiento en el contrato solicitud celebrado entre fiadora directa y reafianzada y deudor principal, a lo que responderemos que es, técnicamente, cierta esa objeción, pero, aunque no nacida propiamente del reafianzamiento, la hemos señalado como obligación a cargo de la fiadora directa o reafianzada, digamos, PREVIA a la contratación del reafianzamiento, pues de otra suerte, dicha figura se convertiría en un medio para defraudar a otras empresas en aquellos casos en que, no habiéndose tenido la precaución de exigir las garantías de respaldo suficientes, teniéndose temor de que la fianza resulte exigible, se cede en reafianzamiento una buena parte de la responsabilidad asumida y así la pérdida de la fiadora directa se disminuye en perjuicio de la reafianzadora, pues en definitiva se manifestará que se (considera de difícil recuperación" la cantidad pagada, y se llevará a cuentas incobrables, pero todo ello a sabiendas de que ocurriría, y en detrimento de la reafianzadora.

Como corolario de lo anterior resultará una obligación a cargo de la reafianzadora en relación con las garantías de respaldo y que analizaremos al hablar de las obligaciones de la misma.

"Ceder" a la reafianzadora la parte de la prima cobrada, en forma proporcional a la responsabilidad "cedida"

Esta obligación resulta obvia, pues la fianza de empresa es siempre onerosa, y la reafianzadora asume una parte de la responsabilidad garantizada por la fiadora directa, no "ánimo donandi", sino mediante el pago de la parte proporcional de la prima cobrada.

Aquí conviene hacer una observación importante, y es que por no ser parte la reafianzadora en el contrato solicitud, carece de la acción ejecutiva para cobro de primas que prevé el artículo 96, segundo párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y por otra parte la reafianzada o fiadora directa tiene dicha acción para exigir la prima total, luego es ésta quien debe cobrar las primas vencidas y "ceder" a la reafianzadora su parte proporcional. De esto resulta que la reafianzadora tiene acción CONTRA LA REAFIANZADA o FIADORA DIRECTA, para exigirle que le CEDA o PAGUE la parte proporcional que le corresponde de las primas que ésta ya hubiere cobrado, y en caso contrario exigirle que proceda contra el solicitante, contrafiador u obligado solidario cobrándoseles judicialmente las primas vencidas que se nieguen a pagar. ésto es absurdo, pues si bien es cierto que A NADIE SE PUEDE OBLIGAR A INTENTAR UNA ACCIÓN, también lo es que dicha regla tiene sus excepciones, entre ellas, la prevista en el inciso III del artículo 32 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y que señala:

"Cuando alguno tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro, a quien puede exigir que la deduzca, oponga o continúe desde luego..."

Y no se olvide que la reafianzadora malamente puede exigir a la reafianzada que le participe su parte proporcional en la prima cobrada, si todavía no se hace tal cobro.

Podría decirse, a este respecto, que estamos condensando los procedimientos, que sería más sencillo que la reafianzadora cobrase la prima como "cesionaria", ya que hemos mencionado múltiples veces a la palabra "ceder".

A ello responderemos que hemos usado la palabra "ceder", así entrecomillada, para indicar que es la terminología usada en la práctica del reafianzamiento, de ninguna manera por que pensemos que se trata de una verdadera cesión, pues como con todo cierto, ha hecho notar Gómez Cantú (44), para que habláramos de cesión, deberíamos partir de la base de que ya la reafianzada careciera de derecho para exigir el pago íntegro de la prima, cosa que ya vimos que no es así, y por otra parte en la cesión de créditos, si bien no se necesita el consentimiento del deudor, si es necesario notificarle tal operación, para efectos del pago, y de la procedibilidad de la acción correspondiente en su contra para exigirlo, artículo 2036 del Código

44.- GÓMEZ CANTÚ, ALEJANDRO. Op.Cit. Pág 291.

de Comercio, lo que no acontece en el reafianzamiento, según se ha expuesto.

Reembolsar a la reafianzadora las sumas que ésta le entregó en provisión de fondos, una vez que las haya recuperado del deudor principal. Esta obligación exige un mayor análisis, pero para evitar repeticiones, profundizaremos en este punto y justificaremos esta obligación al hablar en párrafos posteriores de la obligación de la reafianzadora de proveer de fondos a la reafianzada. Sólo adelantemos que, como ya hemos analizado en líneas anteriores, la reafianzada tiene acción para repetir contra el deudor principal, la totalidad de lo que hubiere pagado al acreedor, como contrapartida a la acción del acreedor de exigir a la reafianzada la totalidad de la suma garantizada; eso por un lado, y por otro que, como ya igualmente señalamos, siendo la reafianzadora extraña al contrato solicitud de la fianza directa, no existiendo otro con motivo del reafianzamiento, pues éste se contrata directamente entre la reafianzada o fiadora directa y la reafianzadora, ésta carece de la acción ejecutiva prevista en el primer párrafo del artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, lo que le harla más oneroso la acción de repetición, si es que la hay a su favor, cosa que adelante estudiaremos.

2.- De la Reafianzadora:

Ya indicábamos al hablar de la obligación de la reafianzada de exigir garantías de respaldo incluso por la parte cedida en reafianzamiento, que como corolario, surgiría una obligación de la reafianzadora a este respecto y que presentará las mismas características que la obligación citada, esto es, que no deriva propiamente del reafianzamiento en si, y que más bien se trata de una OBLIGACIÓN PREVIA. Dicha obligación es cerciorarse, antes de aceptar la oferta de contrato de reafianzamiento, de que la reafianzada oferente cuenta con las garantías de respaldo suficientes, tanto por lo que toca a la suma que retiene, como por lo que toca a la suma que le "cede", pues no podrá más adelante pedir la anulación del contrato de reafianzamiento, aduciendo que al contratar "creyó" que existían las garantías de respaldo y que por eso contrató, esto es, aducir un error de hecho, artículo 1813 del Código de Comercio primero, por que se necesitaría que tal circunstancia o sea la existencia de garantías de respaldo se hiciera constar en el propio contrato póliza de reafianzamiento, y segundo, por que tratándose de una empresa "profesional" en su ramo es inexcusable su negligencia de no cerciorarse previamente de la citadas garantías, pues como dice el Digesto: *SED FACTI IGNORANTIA ITADEMUM CUIQUE NON NOCET, SI NON EL SUMMA NEGLIGENTIA OBJICIATUR*, esto es que la ignorancia de hecho solo no perjudica a quién no se le puede objetar extrema negligencia, lo que equivale a aplicar, analógicamente, la máxima "*Nemo audiatur*", enunciándola de esta

manera: *NEMO AUDIATUR PROPRIAM NEGLIGENTIAM ALEGANS*, esto es, que nadie será odio alegando su propia ignorancia.

Por esas razones hemos mencionado la obligación de cerciorarse de la existencia de las garantías de respaldo como previa pero al mismo tiempo importante, de la reafianzadora.

"PROVEER DE FONDOS A LA REAFIANZADORA", una vez que ésta la requiera por haberse hecho exigible la obligación principal garantizada con la fianza directa. ¿Por qué decimos que la obligación de la reafianzadora, o existe otra?

A la primera cuestión, responderemos que en forma literal el artículo 115 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, consigna como obligación de la reafianzadora "proveer de fondos" a la reafianzada "en su caso", con objeto de que ésta "cumpla sus obligaciones como fiadora".

A la segunda cuestión hemos de responder, después de hacer el siguiente análisis:

Cuando anteriormente vimos la posibilidad de fundir el reafianzamiento en una forma de "retrofiianza de empresa", indicamos que, en los términos del artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el pago que la reafiazadora hace a la reafiazada de la parte proporcional la suma garantizada que asumió, no es para

DIFERENCIAS Y SIMILARIDADES QUE EXISTEN ENTRE LA FIANZA, EL REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO

resarcirla de las sumas que ha pagado al beneficiario acreedor, sino que el pago se hace antes de cubrir el monto de la póliza, pues como ya vimos, el precepto mencionado habla reiteradamente de que la reafianzadora paga a la reafianzada "las cantidades que ésta DEBA CUBRIR al beneficiario" expresión que se repite en el segundo párrafo de la disposición que venimos citando.

Pero lo dispuesto por el artículo 115 de la mencionada ley cuando dice que la reafianzadora "estará obligada, EN SU CASO, a proveer de fondos a la reafianzada" puede prestarse a varias interpretaciones:

a) Confirmar nuestra opinión de que la obligación de la reafianzadora consistente en pagar a la reafianzada AUN ANTES DE QUE ESTA HAYA PAGADO AL BENEFICIARIO, y entonces válidamente podemos decir que la forma de pago o cumplimiento a cargo de la reafianzadora es precisamente PROVEER DE FONDOS a la reafianzada, y que esa es su obligación primordial, o bien:

b) Que el "EN SU CASO" debe entenderse en el sentido de que sólo eventualmente podrá requerirse a la reafianzadora la previsión de fondos, pero que no es esa la obligación primordial y la función de la reafianzadora.

Nosotros nos inclinamos por la primera solución, con base en las siguientes consideraciones:

Interpretando sistemáticamente los artículos 114 y 115 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos encontramos con que uno y otro hablan de PAGO que debe hacer la reafianzadora ANTES DE QUE SE CUBRA LA FIANZA DIRECTA, pues el primer precepto reiteradamente habla de PAGO DE CANTIDADES QUE DEBA CUBRIR la reafianzada al beneficiario y el segundo precepto habla de provisión de fondos, y en estas condiciones estamos ante expresiones sinónimas, pues son exactamente lo mismo PAGAR PARA QUE CUBRA que PROVEER DE FONDOS a la realizada.

Aun cuando aceptáramos la segunda solución, nos encontraríamos con una dificultad insalvable, que consiste en que, una vez que la reafianzadora proveyó de fondos a la reafianzada, CUMPLIÓ con su obligación, esto es, la obligación contraída se agotó, lo que nos debe llevar a concluir que por el CUMPLIMIENTO sinónimo de PAGO, artículo 2062 del Código de Comercio la reafianzadora cumple proveyendo de fondos, esto es PAGA, de esa manera, entregando a la reafianzada la suma adeudada por virtud del reafianzamiento, lo que resulta obvio, pues si provee de fondos a la reafianzada sea total o parcialmente, ya la reafianzada no podrá exigirle o bien la suma parcial que ya le entregó o simplemente nada, pues lo contrario sería tanto como exigirle más de lo debido, más de lo pactado, lo que fácilmente sería impugnabile con la excepción de *Plus Petitio*; y por otro lado, la entrega de cantidades en provisión de fondos que establece como obligación el artículo 115, se hace en

cumplimiento de tal obligación, es decir, se convierte en una forma se ha expresado.

Aun queriendo ver en el artículo 115, la posibilidad de que la reafianzada escoja, solicitar la provisión de fondos para pagar al beneficiario acreedor, o pedir que le entregue la reafianzadora, como resarcimiento parcial, las cantidades a que se obligó una vez que hubiere pagado la fianza directa, tal posibilidad por su base se considera que:

a) No son obligaciones alternativas pues ambas tiene el mismo objeto, o sea una suma de dinero, pues como claramente advierte Baudry- La cantinerie et Barde "la obligación; sin embargo, aun que disyuntiva en la forma, será una obligación simple cuando versare sobre dos sumas o cantidades (aún cuando sean) desiguales (pero) de una misma cosa" (45).

b) El momento de exigibilidad de las obligaciones no puede dejarse al arbitro del acreedor, artículo 1797 del Código de Comercio, y en consecuencia.

c) Por no ser dos obligaciones distintas, sino una sola, la misma se hará exigible cuando lo sea la fianza directa, y por tanto desde entonces posee acción la reafianzadora, aun pagado al beneficiario, lo que nos lleva a concluir que estamos lisa y llanamente

frente a una obligación de "proveer de fondos" como la llama el artículo 115 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Se concluye, pues, la expresión "en su caso" sólo se refiere a que, tendrá acción la reafianzada para pedir la provisión de fondos EN EL CASO en que su fianza directa se haya hecho exigible.

La obligación primordial que caracteriza la función de la reafianzadora es "provee de fondos" a la reafianzada, una vez que se haga exigible la fianza directa.

Ahora bien, esta obligación primordial que acabamos de señalar esta suspendida, en cuanto a su exigibilidad de la fianza directa.

Cuando hablamos de la fianza civil, dijimos que la obligación del fiador de pagar al acreedor si el deudor principal no lo hace, no es una obligación condicional

La obligación fiadora nace desde que se contrata, y el hecho de que no pueda exigirse sino hasta que el deudor principal incumpla, no constituye una condición, sino que es la consecuencia de la ACCESORIEDAD de la fianza frente a la obligación principal, y por otra parte dijimos que la existencia de la posibilidad para el fiador de exigir del deudor el que lo relevase de su obligación, sólo se

entiende si consideramos "YA NACIDA" la obligación fiadora, pues es un absurdo relevar a alguien de una obligación que aún no existe.

Esta postura ha sido sostenida por la casi totalidad de los autores contemporáneos, desde Giorgi Bo, pasando por Ruiz Rueda y hasta Sánchez Medal, quien observa agudamente "La obligación del fiador es una obligación subsidiaria de la del deudor principal, pero NO ES UNA OBLIGACIÓN SUJETA A CONDICIÓN, puesto que existe desde que se celebra el contrato de fianza, y no nace hasta que el deudor principal deja de cumplir su obligación, de la misma manera que no puede decirse que todo deudor es siempre un deudor condicional por el hecho de que el acreedor carezca de acción contra él hasta que se produce el incumplimiento" (46).

Ahora bien, el hecho de que la obligación de proveer de fondos esté supeditada a la exigibilidad de la fianza directa, ¿nos debe llevar a la misma conclusión anteriormente señalada, o por el contrario nos debe hacer pensar en una condición?

La respuesta a esta pregunta está muy vinculada con el siguiente punto de estudio, esto es, el precisar cuál es la obligación principal garantizada por la reafianzadora, por lo que reservamos su estudio hasta entonces.

46.- RUIZ RUEDA, LUIS. Op.Cit.

Lo que si debemos señalar, en este momento, es algo que habíamos delineado y que reservamos para su estudio en este punto: por que la reafianzadora las sumas que le haya entregado ésta última en provisión de fondos, una vez que los recupere del solicitante de la fianza directa o de quienes con él que se obliga.

Creemos que la respuesta es sumamente obvia, pues viene a ser el corolario de las diversas observaciones que se han hecho en páginas precedentes:

a) La reafianzadora no ha contratado garantías de respaldo, pero la reafianzada si, y por el monto total de la fianza directa, esto es, incluyendo la parte que reafianzó.

b) La reafianzada posee acción de reembolso contra el deudor o solicitante, por el monto total de la fianza directa, de la misma forma que el acreedor posee acción contra la reafianzada por el total de la citada fianza, lo que se explica claramente si se piensa que la acción de reembolso o de repetición tiene como limite y medida la suma que se ha pagado al acreedor.

c) Consecuentemente la reafianzada puede en la vía ejecutiva mercantil artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, repetir contra los obligados en el contrato solicitud, la suma que hubiere pagado, incluyéndose la parte que no salió del patrimonio de la reafianzadora en provisión de fondos. Por el contrario y como ya

se ha expuesto, careciendo la reafianzadora de contrato solicitud, es decir el existente entre deudor-solicitante y fiadora, pues ya hemos visto que el reafianzamiento se contrata entre reafianzadora y reafianzada y tal contrato es ya el de reafianzamiento y no de carácter previo, como aquél, y por otra parte siendo ajena al contrato solicitud existente entre deudor solicitante y fiadora directa, carece de uno de los documentos base de la acción para que proceda la vía ejecutiva mencionada.

d) Si la reafianzada posee acción contra los obligados en el contrato solicitud por el momento total que hubiere pagado con cargo a su póliza directa, en vemos cómo podría coexistir la acción de la reafianzadora contra dicho obligados suponiendo que se diera por la parte proporcional a su provisión de fondos, a menos que habláramos de una solidaridad activa, pero ésta no se presume, debe resaltar de la ley o de la voluntad de las partes artículo 1988 del C. C. y en el caso no se da ninguna de las dos.

e) Cuando hablamos del contrato solicitud dijimos que era perfectamente natural el que en el mismo se pactase la obligación de devolución que da nacimiento a la acción de reembolso o repetición, pues podría darse el caso de que el solicitante no fuese el propio deudor-fiado y además para que quedasen obligados el obligado solidario y el contrafiador, en el mismo supuesto. En esa hipótesis, dijimos la acción de reembolso tiene su fuente en la relación contractual que origina el contrato solicitud, y por ende, no existiendo

tal contrato, no existe la citada acción. Pues bien, en ese caso, la reafianzadora, suponiendo que tuviese acción en contra del fiador deudor, sólo podría ir en contra de éste, pero nunca contra los demás obligados en el citado contrato, pues es ajena al mismo.

Lo contrario se daría, si aceptáramos que en verdad el reafianzamiento es una retrofianza, pues en ese caso, la reafianzadora se subrogaría en todos los derechos de la fiadora directa y podría irse en contra de los obligados en el contrato solicitud, pero ya vimos que el reafianzamiento NO ES UNA RETROFIANZA, y aun en ese supuesto la vía procedente sería la ordinaria y no la ejecutiva.

En síntesis, la reafianzadora está en desventaja, en relación con la reafianzada, por lo que se refiere a la acción de repetición, pues ni tiene acción ejecutiva, ni tiene garantías de respaldo. En consecuencia es perfectamente válido concluir que la reafianzada debe repetir contra los obligados en el contrato solicitud TODO lo que hubiere pagado y una vez que logre la recuperación de dicha suma DEVOLVER a la reafianzadora la cantidad que le haya dado en "provisión de fondos".

Aunque lo anterior ya resulta, claro y concluyente, no queremos dejar de señalar que la misma expresión "provisión de fondos" se está refiriendo, o por lo que menos nos hace pensar en que tiene estas dos características:

a) Tiene un carácter "interino", es decir, no es algo definitivo, lo que no contradice lo que hemos expresado sobre el hecho de que tal provisión es la forma de pago de la reafianzadora, pues, si la fianza de empresa, como se ha indicado, opera sobre la base de la recuperación, y dado que la reafianzadora está en desventaja por lo que se refiere a la acción de repetición, según se ha manifestado, y suponiendo que la tenga lo que nos ha hecho concluir que la reafianzadora es quien debe intentar la citada acción, devolviendo a la reafianzadora la provisión de fondos, resulta que ésta última se convierte en acreedora de aquella, por lo que se refiere a tal devolución, eso por un lado y por otro, el hecho de "proveer de fondos" no se entiende sino para perseguir una finalidad determinada, como de hecho la hay, esto es, pagar al acreedor, es decir que, como lo señala la definición legal misma del reafianzamiento, la provisión es sólo un suministro de numerario a la reafianzada, para que ésta pueda pagarle al acreedor de la obligación principal.

b) La reafianzada no puede disponer a su antojo de la provisión, y esto es un corolario de lo expresado en líneas anteriores, pues sólo debe servirse de ella para pagar al acreedor, y si no lo hace, sea con justa causa o sin ella, debe devolver inmediatamente a la reafianzadora la suma prevista.

Para terminar este punto señalamos que, como consecuencia de la obligación de devolución de los fondos recibidos, a cargo de la reafianzada, y una vez que hubiere recuperado las

sumas pagadas al acreedor, o en el supuesto caso de que no hubiere pagado al citado acreedor, existe acción para la reafianzadora de exigir a la reafianzada que le devuelva los fondos que le entregó, si ya los hubiere recuperado ésta, y si no, puede obligarla a que inicie el juicio de recuperación correspondiente, pues a diferencia de la obligación de pagar primas que siempre tiene un origen contractual el contrato solicitud la acción de repetición, ya lo hemos visto, tiene una fuente distinta, y creemos que la reafianzadora tiene acción contra el deudor fiado en la fianza directa por virtud de un enriquecimiento ilegítimo, y en consecuencia, si aún para el caso de las primas hemos considerado la posibilidad de que la reafianzadora tenga acción contra la reafianzada para exigirle que inicie el juicio correspondiente, con mayor razón debemos decirlo tratándose de la devolución de la provisión de fondos y con apoyo en el mismo artículo 32, fracción III del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Hemos dicho en el párrafo anterior que la reafianzadora tiene acción contra el deudor fiador por virtud de un enriquecimiento ilegítimo, con apoyo en lo que dispone el artículo 1882 del Código Civil, aplicado supletoriamente en los términos del artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pero debemos limitar tal acción a aquéllos casos en que la reafianzada no pueda, o no quiera por cualquier motivo, repetir la suma pagada al acreedor y en cambio no podemos afirmar que la reafianzadora posea las acciones derivadas de la subrogación artículo 122, Ley Federal de Instituciones

de Fianzas., pues ella no ha pagado a la reafianzada la devolución a cargo del deudor, como ya hemos visto.

La última obligación a cargo de la reafianzadora por virtud del reafianzamiento mismo, es la que consigna el artículo 115, in fine, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y que consiste en pagar los daños y perjuicios que se causen a la reafianzada por no proveerla oportunamente de fondos.

Esta obligación, específicamente consignada en el artículo citado de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no viene sino a confirmar la opinión que hemos expresado en páginas anteriores sobre que la obligación primordial y característica de la reafianzadora, pues sólo se explica en virtud de un incumplimiento, artículo 2014 del Código Civil.

b) El reafianzamiento en relación con la fianza.

1)Cuál es la obligación principal garantizada en el reafianzamiento:

Lo ya estudiado en las páginas precedentes, nos facilita la respuesta a esta cuestión, pues, ya hemos visto que:

No es una fianza directa, ni un coafianzamiento, pues no garantiza la obligación principal a cargo del deudor- fiado en la fianza directa.

No es subfianza, pues no se ha otorgado en favor del acreedor ni garantiza la obligación de la fiadora directa.

No es una retrofianza, pues no tiene como función resarcir a la fiadora directa o reafianzada de las sumas pagadas al acreedor, sino más bien "ayudarle a cumplir" con la obligación a favor del acreedor, ya que como la reafianzadora "paga" a la fiadora directa ANTES de que esta cubra su póliza, en consecuencia no garantiza la obligación de devolución a cargo del deudor principal, pues tal obligación aún no se produce.

Por otra parte ya vimos que la devolución de las cantidades que ha entregado la reafianzadora a la reafianzada en provisión de fondos, es a cargo de ésta última quien debe previamente repetir el monto pagado al acreedor contra el deudor principal.

Por lo anterior, hemos predicado de la provisión de fondos que es algo interino, pues por un lado la reafianzada pues sólo ante y con ella se ha obligado por lo que ve a la citada provisión, y por otro, la reafianzadora es acreedora de la reafianzada por lo que ve a la devolución de dicha provisión, una vez que ésta recupera del deudor principal lo hubiere pagado al acreedor.

También dijimos que la provisión de fondos es la obligación característica de la reafianzadora en el reafianzamiento y señalamos que resultaría curioso que se pidiera a una fiadora provisión de fondos, cuando lo que prevén los artículos 2836 del Código de Civil y el 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es que, el deudor principal a quien corresponde en todo caso "asegurar el pago".

C) El cofianzamiento en relación con la fianza.

En este capítulo, a diferencia del anterior, vamos a tratar de una figura existente en la fianza de empresa, que ha sido tomada, aunque con algunas variantes, del derecho Civil.

En efecto, ya desde los Romanos encontramos que la necesidad del acreedor de asegurar su crédito, lo hace recurrir, por así decirlo, pluralizar a los obligados, y de un solo fiador pasa, simultáneamente, a la exigencia de varios fiadores, o cofiadores, encontrándonos así frente a la cofianza o cofianzamiento.

1) El cofianzamiento en la Fianza de Empresas:

Cuando expusimos lo relativo al reafianzamiento, vimos que esa figura es considerada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como una de las formas de garantías de recuperación o "contragarantías" establecidas para asegurar la acción de repetición

de las compañías afianzadoras, tomando en consideración que la fianza de empresa opera sobre la base de la "recuperabilidad" de las sumas que llegaren a pagarse con motivo de su expedición.

Por el contrario, el cofianzamiento no se nos presenta como una de las formas de "contragarantía" previstas en la citada ley de fianzas, lo que se explica por la simple y sencilla razón de que el cofianzamiento de empresa, como se verá, garantiza la obligación principal ante el propio acreedor, al lado de otra u otras empresas afianzadoras que garantizan igualmente dicha obligación.

a) Concepto legal del cofianzamiento de empresa:

Dice el artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que "HAY COAFINZAMIENTO CUANDO DOS O MAS INSTITUCIONES OTORGAN FIANZAS ANTE UN BENEFICIARIO, GARANTIZADO POR UN MISMO O DIVERSO MONTO E IGUAL CONCEPTO, A UN MISMO FIADO".

Cuando hablamos de la cofianza civil, dijimos que lo característico, es el elemento distinto, era la existencia de una pluralidad de fiadores, puesto que fuera de ello respondía fundamentalmente al concepto de fianza, y por lo tanto al dar la definición de esa figura no hicimos sino pluralizar la palabra fiador, para hablar de varios fiadores o cofiadores.

Sin embargo, la definición que nos da el citado artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, del coafianzamiento de empresa, aunque responda fundamentalmente al concepto de fianza, que ya hemos precisado en capítulos anteriores, e incluso al concepto de cofianza de que ya hemos hablado, creemos que menciona ciertos rasgos característicos que es conveniente desmenuzar.

2) Elementos de la definición legal.

En efecto, los elementos de la citada definición legal, se puede decir que son éstos:

- a) Un mismo beneficiario o acreedor.
- b) Un mismo concepto u obligación principal .
- c) Un mismo fiado o deudor principal
- d) Dos o más afianzadoras o coafianzadoras.

Estos cuatro primeros elementos son idénticos a los de la definición que dimos de la co-fianza civil al inicio del presente capítulo.

- d) Un mismo o diverso monto:

Este elemento, tal como está redactado, puede interpretarse en estos sentidos:

1.- Que cuando se dice "un mismo monto" se entiende que la deuda principal se divide en tantas partes como coafianzadoras vayan a obligarse y que cada una expide un póliza por idéntico monto, es decir, proporcional al número de ellas, o sea que su obligación es mancomunada.

2.- Que, igualmente, cuando se dice "un mismo monto", lo que se quiere decir es que cada una de las coafianzadoras expide una póliza por el monto de la obligación principal y entonces se obligan solidariamente (esto no es posible, como adelante se verá).

3.- Que la expresión "diverso monto", quiere decir que las diversas coafianzadoras pueden obligarse no necesariamente por partes iguales; y entonces, también estamos ante una mancomunidad, en la que cabe tal posibilidad, artículo 1986 del Código Civil aplicado supletoriamente, por lo tanto regresamos a la primera posibilidad apuntada.

3) Mancomunidad en el coafianzamiento.

Como vemos, la primera y se segunda posibilidades apuntan hacia una mancomunidad de las obligaciones fiadoras, en el coafianzamiento de empresa, lo que es legalmente correcto, puesto que el segundo párrafo del citado artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, claramente establece que en el coafianzamiento de empresa "no hay solidaridad pasiva debiendo el

beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las ...
coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos monto...."

Es decir que la regla general, la presunción de solidaridad entre los cofiadores prevista en la fianza civil, NO ES FACTIBLE, en el coafianzamiento de empresa, debiéndose concluir que por razón de la prohibición legal, no es posible que surja una solidaridad convencional por lo que el citado precepto de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el artículo 2827 del Código Civil, no tienen nada en común, pues éste establece una solidaridad "*juris tantum*", mientras que aquel contiene una tajante prohibición de solidaridad pasiva entre las coafianzadoras.

4) Coafianzamiento presunto:

Ante esta situación, creemos, que las expresiones un "mismo monto" y "diverso monto" contenidas en la definición legal, admiten un cuarto sentido o posibilidad, distinto de los tres que hemos analizado en párrafo anteriores:

Que cuando se descubra que un mismo acreedor ha sido garantizado por varias afianzadoras, por el mismo concepto, con el mismo fiado y siendo por el monto total de la deuda principal cada una de las pólizas, se estará indudablemente, ante un coafianzamiento, y siendo éste mancomunado, y en vista de no existir pacto en contrario, la obligación de cada compañía se reducirá a la suma que resulte de

dividir entre su número el monto total de la deuda principal, aplicando supletoriamente la regla ya citada, del artículo 1986 del Código Civil.

5) Beneficio de división:

Tal y como conceptuamos el beneficio de división al hablar de la co-fianza civil, y dado que la obligación de las coafianzadoras es meramente mancomunada, resulta evidente que tal beneficio no se da en la figura que estudiamos, pues estamos ante el caso que prevé la fracción II del artículo 2839 del Código Civil.

6) Garantías de recuperación

Desde el momento en que hay mancomunidad entre las coafianzadoras, siguiendo el criterio del artículo 1985 del Código Civil cada póliza o más claramente, cada obligación fiadora es DISTINTA, y por consecuencia cada una de las coafianzadoras deberá contratar sus propias "contragarantías" o garantías de recuperación, lo que confirma interpretando conjuntamente los artículos 15,17 y 29 a *contrario sensu*, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

7) Acción de reembolso parcial:

Esta acción, que ya estudiamos, es la que se da a favor del cofiador, que ha pagado y en contra de sus demás cofiadores, para repetir en contra de cada uno de ellos la proporción de la deuda

que asumieron. Lógicamente eso sólo se da tratándose de cofiadores solidarios, pues implica que el acreedor pueda exigir de un solo la totalidad de la deuda y como en el coafianzamiento sólo hay una simple mancomunidad, no cabe tal acción a favor de las coafianzadoras, quienes en su caso, por separado e individualmente, deberán repetir contra el deudor y sus coobligados las sumas que hubieren pagado al acreedor.

8) Utilidad del coafianzamiento de empresa:

El hecho de que las coafianzadoras sólo se obliguen mancomunadamente, viene a ser una desventaja para el acreedor, quien se ve en la necesidad de exigir el pago de su crédito a varias empresas afianzadoras; pero ello no quita utilidad al coafianzamiento, pues éste puede resultar sumamente útil en los casos de responsabilidades que exceden del margen de operación de la empresa a que se solicitó la póliza, en cuyo caso ésta puede optar o en proponer el coafianzamiento, o bien contratar un reafianzamiento, artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Desde luego que no compartimos la idea de Ruíz Rueda (47) de que el coafianzamiento es especialmente útil en los casos de reafianzamiento cedido a varias compañías ya que, como expresamos anteriormente, el reafianzamiento NO ES FIANZA, y por ende no podemos hablar de "cofiadores-reafianzadores".

47.- RUIZ RUEDA, LUIS. El contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio, Pág.65

Por último, señalemos que la finalidad perseguida al pluralizar a fiadores, es evitar al acreedor la posibilidad de insolvencia de uno de ellos; pero para evitar mayores molestias al acreedor se establece una solidaridad entre los coafianzadores, de suerte que aquel no se ve constreñido a demandar a cada uno de ellos, sino que le baste exigir "*in solidum*" la deuda a cualquiera de ellos, conservando, en caso de insolvencia de tal cofiador, su acción contra los demás cofiadores.

En el caso de las empresas afianzadoras, como ya hemos visto, su propia estructuración y el control operativo que ejerce sobre ellas el estado, hacen más remota la posibilidad de insolvencia de una de ellas, por lo que el coafianzamiento de empresa ya no responde al propósito original de la "co-fianza", y más bien puede ser utilizado, como se ha indicado, en los casos de responsabilidades que exceden del margen de operación de la empresa a quien se solicitó la póliza.

Sin embargo, y dada la facilidad de contratación del reafianzamiento se hace a nivel profesional entre las propias compañías y la sencillez que el mismo representa pues la propia reafianzada exigió las contragarantías o garantías de respaldo, por el monto total de la responsabilidad y demás el hecho de que el

solicitante contrata sólo con la reafianzada, hacen que en la práctica los coafianzamientos sean sumamente raros, aun para los casos de responsabilidades que excedan los márgenes de operación, y de ello podemos dar testimonio, pues en los tres años que hemos vivido en el medio de las afianzadoras, NUNCA HEMOS VISTO SIQUIERA UNO.

e) Como se considera al reafianzamiento en la práctica cotidiana.

En la actualidad la figura del reafianzamiento, es muy usual en la práctica cotidiana, esto es en virtud de que muchos de los negocios de las afianzadoras, exceden del margen de operación, por lo que dichas operaciones deben ser compartidas con otras compañías, quienes deberán manifestar por escrito su decisión de compartir el riesgo con la empresa afianzadora.

CONCLUSIONES

1.- La figura de la fianza existe en México desde la época prehispánica, en donde ya se encontraban diversos ordenamientos jurídicos que la regulaban. Estos ordenamientos jurídicos se transformaron y reformaron hasta llegar a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

2.- El objeto de la fianza es "garantizar" el cumplimiento de una obligación; en nuestros días, la fianza ha tomado relevancia en el desarrollo de México, por que se puede decir que prácticamente se puede garantizar cualquier tipo de operación de la clase que sea.

3.- Existen diferencias de naturaleza jurídicas entre la fianza civil y la fianza de empresa, toda vez que estas se encuentran reguladas por ordenamientos jurídicos diferentes.

4.- Los elementos específicos del contrato de fianza de empresa, son: La prestación del fiador, la prestación del estipulante, la afianzadora.

5.- La fianza no debe considerarse como una estipulación a favor de tercero, en virtud que no es un acto unilateral de la voluntad si no que se trata de un contrato bilateral, del cual emanan derechos y obligaciones para ambas partes.

6.- Los procedimientos contemplados en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, facilitan tanto la reclamación como la recuperación de una fianza.

7.- El reafianzamiento puede ser equiparado con el seguro; la reafianzada se considera una simple deudora y no como una fiada, esto es, el reafianzamiento como el seguro tienen elementos que son similares, elementos que no tiene el contrato de fianza.

8.- El reafianzamiento jurídicamente no es una fianza, debido a, que tiene elementos propios y no depende de la fianza para que tenga vida jurídica propia.

9.- El reafianzamiento, no es otra cosa que el rebautizo del reaseguro, en virtud de que los elementos que intervienen en dicha relación son similares.

10.- El cofianzamiento, actualmente no es utilizado por ninguna compañía afianzadora, en virtud de que se estaría afianzando la misma obligación por dos o mas compañías afianzadoras.

12.- La figura del reafianzamiento tiene elementos propios, por lo que debe ser regulada por un ordenamiento jurídico especial o bien tener un capítulo especial dentro de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS:

- 1.- **BARRERA GRAF J.** Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México 1957, 414p.
- 2.- **BORJA SORIANO, MANUEL.** Teoría General de las Obligaciones. Décima tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, 732p.
- 3.- **CARRIEDO GALVAN C.** Antecedentes históricos y jurídicos de la fianza, en la Memoria de la Segunda Conferencia Hemisférica de Seguros, 1958.
- 4.- **CARRIEDO GALVAN C.** Antecedentes históricos de la fianza, en la memoria de la Décimo segunda conferencia hemisférica de seguros.
- 5.- **CERVANTES ALTAMIRANO, EFREN,** Tesis Profesional "La Fianza de Empresa", 1950, 160p.
- 6.- **FLORIS MARGADANT, GUILLERMO,** Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1983, 415p.
- 7.- **GARCÍA LÓPEZ, AGUSTÍN,** Contratos en particular, México, 1980, Editorial Secretaria de Comunicaciones y Transportes y Obras Públicas, 414p.
- 8.- **GUTIÉRREZ J.M.,** Las instituciones de Fianzas, Memoria de la Décimo Cuarta Conferencia Hemisférica de Seguros Washington, S/F, seguros y fianzas de Venezuela, Caracas, 1985.
- 9.- **LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL.** Contratos en particular, Editorial Tecnos. Madrid 1990, 221p.
- 10.- **MANTILLA MOLINA R.L.** Derecho Mercantil, Vigésima novena Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1993, 548p.

- 11.- **MEDINA H.**, Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al terminar el año de 1957, parte relativa al informe del C. Presidente de la Segunda Sala, Lic. Franco Carreño, México, 1957.
- 12.- **MOLINA BELLO, MANUEL**, Fianzas de Fidelidad, Manual editado por Crédito Afianzador, S.A., México 1993, 40p.
- 13.- **MOLINA BELLO, MANUEL**, Fianzas Judiciales y Administrativas, Manual editado por Crédito Afianzador, S.A., México 1993, 52p.
- 14.- **MOLINA BELLO, MANUEL**, Fianzas de crédito, Manual editado por Crédito Afianzador, S.A., México 1993, 34p.
- 15.- **MONTEPÍO LUZ SAVIÑON**. Tomo LXXII, semanario Judicial de la Federación.
- 16.- **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN**, Curso de Derecho Mercantil. Vegésima primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, tomo I y II, 871p.
- 17.- **RUIZ RUEDA, EFREN**, El Contrato de fianza de empresa, en el proyecto de Código de Comercio, Editorial Arana, México 1960, 202p.
- 18.- **RUIZ RUEDA, LUIS**, La fianza de Empresa. Capítulo I Editorial, Estudios Jurídicos, México 1957. 295p.
- 19.- **RUIZ RUEDA, LUIS**, La fianza de empresa a favor de tercero, México, 1956, Ed. Porrúa, 281p.
- 20.- **TRINIDAD GARCÍA**, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Quinta Edición. Editorial Porrúa, México, D.F. 1986, 255p.
- 21.- **VASQUEZ DEL MERCADO, OSCAR**, Contratos mercantiles, Quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, 587p.
- 22.- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**. Tomo XXII PENI-PRES. Editorial Bibliográfica, Argentina, S.R.L.. Buenos Aires Argentina, 1986, 5 Volúmenes

REVISTAS:

- 1.- **FIANZA.**- Panamá "Beneficios de que goza el fiador en la fianza civil y mercantil según el derecho panameño" Arroyo Camacho Dulio, Lex 2a. Época, Año VII, No. 29, septiembre-Diciembre, Panamá, República de Panamá.
- 2.- **FIANZA.**- "Fianza de empresa", antecedentes históricos y naturaleza jurídica V.-Cervantes Altamirano Efrén. México 1985,
- 3.- **FIANZA.**- "La fianza y sus problemas" V.- Soto García Ignacio, México, 1983.
- 4.- **FIANZA.**- "La fianza de empresa a favor de tercero", V.- Gutiérrez José María, México, 1985.
- 5.- **FIANZA.**- "Efectos del contrato de fianza en las relaciones entre fiador y acreedor" V.- Zambrano, José M.
- 6.- **FIANZA.**- "Efectos de la fianza entre el fiador y acreedor". V.- Quintero delgado.
- 7.- **FIANZA.**- "El contrato de fianza no es accesorio", Ruíz Quiroz, Humberto, Revista de Investigaciones Jurídicas Año 4, No. 4, 1980 México, D.F.
- 8.- **FIANZA.**- "El proceso de liberación del fiador", Barrios de Angelis, Dante. Revista Uruguaya de derecho procesal, No. 2 , 1983, Montevideo, Uruguay.
- 9.- **FIANZA.**- "Objeto de la Prescripción, la acción o la obligación", Ruiz Rueda, Luis, Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 3, 1979, México, D.F.
- 11.- **GÓMEZ CANTÚ, ALEJANDRO**, La naturaleza jurídica del reafianzamiento, Revista Mexicana de fianzas, No. 08.
- 10.- **Revista Mexicana de Fianzas**, Nos. 07, 08, 09 y 10 del año de 1966, Editor Lic. Fernando Castañeda Alatorre.