

179



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LOS EFECTOS JURIDICOS DEL PAGO DE LA FIANZA DE
EMPRESA".

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GUILLERMO CONTRERAS HERNANDEZ



298134



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a las siguientes personas:

A Dios, por todo lo que representa;

A mis padres, Tiburcio y Magnolia, por cada gota de amor que derramaron en mí;

A mis hermanos Fidel y Jacqueline, por su compañía;

A mis sobrinos Erick Daniel y Abraham, por su inocencia;

A mi familia en Chiapas, en especial a mi abuelita Reyneria y mis padrinos Oralia y Jaime;

A los Licenciados Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores y Herika Ivonne Rivera Gutiérrez, por sus consejos y apoyo;

A todos los maestros que he tenido en mi vida;

A todos mis amigos y amigas.

Por último, quiero agradecer al Licenciado Marcos Emilio Quirós de la Torre, piedra angular de mi práctica profesional, tus consejos siempre los tendré en cuenta.

Ciudad Universitaria, 16 de agosto de 2001.

INDICE

INTRODUCCIÓN	IV
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIANZA	1
1. Evolución Histórica del Contrato de Fianza.	1
1.1 Etapa Inicial del Contrato de Fianza.	1
1.2 Etapa Moderna del Contrato de Fianza.....	5
1.3 El Contrato de Fianza en el Derecho Mexicano.....	7
1.3.1 Legislación Común.....	8
1.3.2 Legislación Mercantil.....	14
CAPÍTULO 2. EL CONTRATO DE FIANZA	28
2.1. Elementos de Existencia.....	28
2.1.1 Consentimiento.....	28
2.1.2 Objeto	30
2.2 Elementos de Validez	30
2.2.1 Capacidad.....	31
2.2.2 Ausencia de Vicios del Consentimiento.....	31
2.2.3 Ilicitud en el objeto, motivo o fin.....	32
2.2.4 Consentimiento otorgado en la forma prevista por la ley.....	33
2.3 Clases de Fianza	34
2.3.1 Civil.....	35
2.3.2 Mercantil	35
2.3.3 De Empresa	35
2.3.3.1 Elementos Personales.....	36
2.3.3.1.1 Institución Afianzadora o Fiador.....	36
2.3.3.1.2 Solicitante de la Fianza.....	39
2.3.3.1.3 Fiado o deudor.....	40
2.3.3.1.4 El Beneficiario o acreedor.....	41
2.3.3.1.5 Obligado Solidario.....	42
2.3.3.1.6 Agente de Fianzas.....	42
2.3.3.2 La Póliza	44
2.3.3.3 La Prima.....	46
2.3.3.4 Ramos.....	47

2.3.3.4.1 Fianzas de Fidelidad.....	47
2.3.3.4.2 Fianzas Judiciales.....	48
2.3.3.4.3 Fianzas Administrativas.....	49
2.3.3.4.4 Fianzas de Crédito.....	50
2.3.3.4.5 Fideicomisos de Garantía.....	51
2.3.3.5 Notas Distintivas.....	53
CAPÍTULO 3. EL PAGO EN EL DERECHO MERCANTIL.....	56
Consideración Previa.....	56
3.1 Concepto Jurídico de Pago.....	57
3.1.1 Sujetos del Pago.....	59
3.2 Momento de Pago.....	62
3.2.1 La Mora.....	65
3.3 Lugar de Pago.....	66
3.4 Forma de Pago.....	68
CAPÍTULO 4. EL PAGO DE LA FIANZA DE EMPRESA Y SUS EFECTOS.....	78
4.1 Momento de exigibilidad del pago.....	78
4.1.1 Fianza otorgada por tiempo determinado.....	78
4.1.2 Fianza otorgada por tiempo indeterminado.....	79
4.2 El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	81
4.3 Procedimiento de Reclamación de Pago.....	83
4.3.1 Procedimiento extrajudicial de reclamación de pago.....	83
4.3.1.1 Presentación de la reclamación.....	83
4.3.1.2 Integración de la reclamación.....	85
4.3.1.3 Resolución de la reclamación.....	87
4.3.2 Procedimiento administrativo de reclamación de pago.....	90
4.3.2.1 Etapa de Conciliación.....	90
4.3.2.2 Procedimiento Arbitral.....	91
4.3.3 Proceso Judicial de reclamación de pago. Juicio Especial de Fianza.....	94
4.3.3.1 Reclamación judicial de fianzas otorgadas ante autoridades judiciales no penales.....	97
4.3.4 Procedimiento de reclamación de pago para fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios.....	98
4.3.5 Procedimiento para hacer efectivas las fianzas otorgadas ante autoridades judiciales del orden penal.....	102

4.4 Procesos de recuperación de la Institución Afianzadora.....	102
4.4.1 Subrogación.....	102
4.4.2 Vía Ejecutiva Mercantil.....	103
4.4.2.1 Juicio Ejecutivo Mercantil de Recuperación.....	104
4.4.3 Vía Hipotecaria.....	105
4.4.4 Venta de Inmuebles.....	105
<i>PROPUESTA</i>	<i>108</i>
<i>CONCLUSIONES</i>	<i>109</i>
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	<i>111</i>

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es poner de manifiesto cuáles son los efectos jurídicos derivados del cumplimiento de la obligación a cargo de la institución afianzadora, en la Fianza de Empresa.

El intento va dirigido a obtener aquellos datos que permitan concluir si en el acto mismo del pago por parte de la afianzadora se extingue la relación de la misma, o si, por el contrario, da origen a situaciones jurídicas que derivan de dicho cumplimiento.

Para obtener dichos resultados partimos de los antecedentes del Contrato de Fianza, y del Contrato de Fianza de Empresa, desde sus orígenes hasta nuestros días, abarcando también el reciente Reglamento De Agentes De Seguros y De Fianzas, del 18 de mayo de 2001.

Posteriormente se estudian los elementos de existencia y de validez de ambas figuras, del Contrato de Fianza Civil y del Contrato de Fianza de Empresa, para así ubicarnos dentro del contexto de este último y abocarnos al estudio de sus características y ramos de operación, finalizando con la reflexión de las notas características de dicho contrato.

Continuando, con el estudio del régimen legal del pago en las obligaciones mercantiles, a fin de reflexionar sobre las características que reporta el mismo en dicha materia.

La intención de incluir dicho estudio a esta investigación radica en el hecho de que la Fianza de Empresa puede celebrarse con el objeto de garantizar dichas obligaciones, amén de que las obligaciones a cargo de la afianzadora se encuentran sujetas a dicho régimen.

Los datos sometidos a estudio, aportan elementos para reflexionar acerca de las consecuencias que el pago de la Fianza de Empresa reporta, abarcando los supuestos que pueden darse por parte de la afianzadora y por parte del beneficiario de dicha Fianza, antes y una vez realizado dicho pago, indicando cuales son esos efectos y cuales son los derechos y obligaciones que la ley prevé para estos acontecimientos, así como poner de manifiesto aquellas situaciones que desde nuestra óptica son dignas de mencionar.

Dichos efectos, tienen su origen en las notas que caracterizan a la Fianza de Empresa, las cuales en algunos casos le dan una fisonomía distinta de la de la Fianza Civil y que en razón de ellas le imprimen peculiaridades, las cuales son tratadas en la presente investigación.

Por último, solamente queda expresar el deseo de que la presente investigación, con sus limitaciones, contribuya para la creación de literatura jurídica sobre la Fianza de Empresa, dado el carácter sucinto con el que las obras hacen mención de dicho contrato, las cuales en ocasiones solo remiten a las disposiciones del derecho común, luego de una

efímera mención de las características del mismo, sin que la mayoría de ellas hagan un estudio profundo del tema, reduciéndose el mismo a los pocos trabajos realizados en relación con la figura de mérito, de los cuales son dignos de mencionarse los hechos por juristas como Luis Ruíz Rueda, Manuel Molina Bello y Efrén Cervantes Altamirano, citados en el presente trabajo.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIANZA.

1. Evolución Histórica del Contrato de Fianza.

1.1 Etapa Inicial del Contrato de Fianza.

Diversos son los criterios que se toman en cuenta para establecer el origen del Contrato de Fianza, sin embargo, todos ellos coinciden en que éste surge por la necesidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones, sea por parte de los obligados directos o a través de personas que respondían por el cumplimiento de aquellos. Dicho contrato surge por la inseguridad de que el deudor no cumpliera con las obligaciones que pactaba. Aparentemente la Fianza es la primera institución que garantizaba el cumplimiento de aquéllas.

El primer indicio encontrado es una inscripción semejante a una Fianza, descubierta en una tablilla de la Biblioteca de Sargón I de Akkad, Rey de Sumer y Akkad, aproximadamente en los años 2568 a 2613 a. C.

El siguiente antecedente, se encontró en el Código de Lipit-Ishtar, creado en 1934 a.C., el cual corresponde casi palabra por palabra al Código de Hammurabi, promulgado durante el reinado de éste en 1730 a. C. En ambos instrumentos se regula una especie de garantía, en la cual los esclavos al ser considerados como objetos, y por ende, susceptibles de apropiación, podían hacer las veces de garantes de una deuda.

En Egipto, a fin de asegurar los lazos de amistad entre los miembros de distintos pueblos, se practicaron, como forma de garantía de dichas relaciones, pactos regionales, siendo un ejemplo de éstos el matrimonio celebrado entre reyes y princesas de los distintos pueblos. En 1280 a.C. Egipto y Atti celebraron un pacto de buena paz y hermandad, grabado en dos charolas de plata, colocada una a los pies del dios de las tormentas de los hititas, y la otra a los pies de Ra en Egipto, ante las cuales los respectivos reyes celebraron un juramento, siendo este acto una verdadera garantía de respeto al pacto.

En Grecia, con motivo de las reformas a la Constitución y a las Leyes de Atenas iniciadas en 621 a.C. hechas por Dracon como legislador extraordinario, la situación jurídica de los deudores insolventes se agravaba día a día. El alquiler del dinero se hacía con garantía en la persona y los deudores que incurrían en mora adquirían la calidad de esclavos, situación que fue revertida el 594 a.C. dadas las reformas a cargo de Solón, prohibiendo así el préstamo con garantía de persona.

En la India la Fianza se encuentra en las Leyes de Manú, en los años 1280 al 800 a.C., se regulaba en leyes civiles, ya sea en "aspectos hereditarios", contenidos en el Libro IX, así como en "La conducta de los reyes y de la casta militar", en el libro VIII.

En Israel, los antecedentes del Contrato de Fianza se encuentran en una de las parábolas del rey Salomón, la cual rezaba: "cualquiera que se convierta en fiador de un extraño tendrá que arrepentirse".¹

Es en Roma, en donde la figura de la Fianza se encuentra regulada como contrato, con un cuerpo de disposiciones que le rigen, siendo este un contrato Verbis, es decir, se perfeccionaba por las palabras.

Dicho contrato, derivaba de una Stipulatio (el intercambio de una pregunta y una contestación en las que ambas contenían el mismo verbo). Sin embargo, en ocasiones la fianza no se constituía por la stipulatio, pues aquella podía tomar la forma de un mandato especial. La fianza típica era la formada por la stipulatio, de esta forma, atendiendo al verbo utilizado en la pregunta y en la contestación se podía constituir una sponsio, fideipromissio o bien una fideiussio.

La primera forma, la Sponsio, requería de la utilización del verbo Spondere. Esta sólo podía ser celebrada por aquellas personas que profesaban la religión romana, por lo que su aplicación se limitaba a los romanos, no así a los extranjeros.²

Para la validez de la Sponsio, se exigía que el acuerdo de voluntades adoptara la forma estipulatoria, es decir, que se formulara una pregunta por el acreedor, seguida de la respuesta congruente del deudor; requisito este que debía de cumplirse, dada la doble finalidad de la estipulación, la primera, crear deudas nuevas y transformar las existentes, y la segunda, formalizar los contratos carentes de forma. Si se llegare a omitir al momento de la celebración "la pronunciación de las palabras requeridas, las obligaciones derivadas de ellos no eran exigibles".³

Cede lugar la Sponsio a la Fideipromissio, la cual podía celebrarse, también, por los peregrinos, por virtud de la cual, se daba la obligación a través del verbo Fidepromitto.

La Sponsio y la Fideipromissio tuvieron semejanzas, ya que en ellas las obligaciones que surgían con motivo de su celebración no se transmitían a los herederos, además de que ambas garantizaban obligaciones verbis.

¹ MOLINA BELLO, Manuel. La Fianza. Cómo garantizar sus operaciones con terceros. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México, S.A. de C.V. p. 5.

² Cfr. FLORIS MARGADANT S., Guillermo. Derecho Privado Romano. 15ª. Edición. Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México. 1988. pp. 387.

³ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉZ. Derecho Romano. Segundo Curso. 13ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p. 109

Repercutieron tanto en la Sponsio como en la fideipromissio diversas leyes, tales como la Lex Apuleya, en virtud de la cual se permitió al fiador exigir que el acreedor repartiera la responsabilidad entre los cofiadores solventes, que a estos se les considerara como socios, concediendo el derecho de reembolso a aquél que haya pagado la deuda íntegramente o más de lo que le correspondía a este.

Posteriormente surge la Lex Furia, mediante la cual se limitó la obligación de los fiadores al plazo de dos años, así como la división de la deuda entre todos los cofiadores que existieran el día del vencimiento.

Siguió a estos ordenamientos la Lex Cicereia, la cual obligaba al acreedor a comunicar públicamente a cada fiador quienes eran sus cofiadores.

Por último, mediante la Lex Cornelia, se limitó la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor, a un máximo anual de veinte mil sestercios, bajo pena de nulidad.

Debido a estos ordenamientos surge la necesidad de crear otra institución, la Fideiussio, contrato verbis basado en el verbo Fidei iubere. Así, se establece que "Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno; el que se obliga en nombre ajeno se llama fiador. Generalmente, exigimos del que se obliga en nombre propio otros que se obliguen por la misma obligación, pues procuramos que el objeto de la obligación nos quede mejor asegurado". Esta institución podía celebrarse por ciudadanos y por extranjeros.⁴

La Fideiussio implicaba que el deudor respondía de manera íntegra, pues relevaba de toda obligación o responsabilidad al deudor principal, siendo el fiador, el único responsable del cumplimiento de la deuda. Sin embargo, con el desarrollo de la institución, el fiador respondía en forma solidaria, como un codeudor.

Para la existencia de la obligación del fiador era necesaria una obligación principal, con lo que se le atribuye el carácter de accesoria, por lo que el fiador no podía prometer una cosa distinta de la debida, ni por un monto mayor que aquélla. Por lo que ante la situación de prometer una prestación más onerosa que la principal el compromiso no era válido, aún de que la prestación fuera de la misma medida que la obligación garantizada. Sin embargo, si la obligación del fiador era sólo una parte de la del deudor principal, el pacto era válido.

Así pues, la fideiussio era subsidiaria, pues aunque en los inicios de dicha figura al surgir el fiador se liberaba de su obligación al deudor principal, siendo el fiador el obligado directo, en tiempos del imperio de Justiniano el fiador respondía de la deuda ajena sólo en forma subsidiaria. Era además formal, pues como se mencionó líneas arriba, al ser un contrato verbis requería del pronunciamiento de palabras, en específico el verbo Fidei iubere. Era también gratuita, pues la fianza se otorgaba en atención a lazos de amistad. Por

⁴ Ídem. p. 117.

último, era unilateral, pues el conjunto de derechos y obligaciones sólo eran a cargo del fiador, pues éste por su propia voluntad se obligaba.⁵

En el caso de que existieran varios fiadores respecto de la misma obligación, una vez exigible la obligación del deudor principal, y por ende la de los fiadores, el acreedor podía reclamar, en su caso, a cualquiera de los fiadores, pues se entendía que estos responden sin restricciones ante aquél, por lo que el pago hecho por uno de los fiadores libera a los demás, dado el objeto único de la obligación. Situación que continuó hasta la expedición de la "Divi Hadriano", la cual establecía la Exceptio Divisionis o Beneficium Divisionis, mediante la cual surgió el derecho a pedir que el acreedor reclamara el cumplimiento de la obligación por partes iguales entre todos los cofiadores. Este beneficio no tenía lugar de pleno derecho sino que el fiador tenía que invocarlo.

Fue Justiniano quien otorgó otro beneficio a los fiadores. El llamado Beneficium Excussionis, por virtud del cual el fiador podía exigir que el acreedor obrara primero contra el deudor principal y después contra los fiadores.

En el caso de que el fiador fuera accionado antes que el deudor, aquél podía negarse al pago, en tanto no se persiguiera al deudor y se demostrara su insolvencia por la venta de sus bienes, siendo este el Beneficio de Orden.⁶

Una vez cubierta la obligación por el fiador, este tenía dos opciones para su recuperación, atendiendo a la voluntad, espontánea o no del fiador, de obligarse.

En efecto, si el fiador se obligó por ruego del deudor, se entendía que había un mandato, por lo que para la recuperación del fiador era procedente la Actio Mandati Contraria. Si el fiador se obligó en forma totalmente libre, se entiende que el pago hecho al acreedor se hizo con Animu Donandi.

Para la recuperación de lo pagado por el fiador, también encontramos el beneficio Cedendarum actionum, en virtud del cual el fiador, antes de hacer el pago al acreedor, tenía el derecho de pedirle a este le cediera sus acciones en contra del deudor y los demás coobligados, por lo que no se extinguía el derecho a reclamar, sino que se realizaba la venta de las acciones de acreedor a fiador, estando así en posibilidad de repetir en contra de los cofiadores.⁷

La extinción de la fianza, al ser una obligación, se daba directamente o, dado su carácter accesorio, por vía de consecuencia. Al extinguirse la obligación principal de modo absoluto la fianza se extinguía por vía de consecuencia, si se presentaba una de las formas

⁵ Cfr. CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Fianza de Empresa. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela Nacional de Jurisprudencia. México. 1950. pp.5-6.

⁶ Cfr. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉZ. Op. Cit. P. 119.

⁷ Ídem. P. 120. En el mismo sentido se pronuncia CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. P. 7

de extinción de la obligación del fiador la fianza se extinguía en forma directa, por ser ésta una obligación en sí misma considerada.⁸

El licenciado José Chirino Castillo señala que la fianza, en sus inicios, no logró su objetivo, ya que esta se otorgaba por una persona que, por ser cercana al deudor, adolecía de los mismos defectos y condiciones económicas que el deudor principal, lo que dio paso a la instauración de otras garantías como la Prenda y la Hipoteca.⁹

1.2 Etapa Moderna del Contrato de Fianza.

El despegue y evolución moderna del contrato de fianza lo encontramos en España. Las primeras obras legislativas que se conocen al respecto, datan del tiempo de invasión de los bárbaros a España, siendo la primera el Código de Eurico, "que se dice estuvo inspirado por jurisconsultos romanos"¹⁰, influencia más evidente en los Códigos de Leovigildo y de Alarico o Breviario de Aniano. el que gozó de gran autoridad aún de que perdió el carácter de ley positiva.

También, se promulga el Fuero Juzgo, magna obra legislativa del siglo VII, el cual adquiere fuerza legal hasta el siglo XIII, en 1241, "aparentemente con el nombre de fuero Real". Este constituye un cuerpo de leyes para dominadores y dominados, que puso de relieve la preponderancia del derecho romano frente al germánico.

Posteriormente, ante la dominación árabe los Fueros Municipales se fueron impusiendo gradualmente, ejemplo de ellos es el Fuero Viejo de Castilla, en el que se habla de fiadores de saneamiento que debían de intervenir en las ventas de heredades hechas por los fijosdalgos.

El cuerpo de leyes donde se regula ampliamente lo relativo a fiadores es en Fuero Real.

La obra legislativa posterior más importante, fue la iniciada bajo Alfonso X, El Sabio, en 1256, concluida casi diez años después. En este cuerpo legal se reglamenta la Fianza, en las leyes del Título XII, Partida V y en el Libro X, Título XI, leyes VII y VIII de la Novísima Recopilación, la cual recoge gran parte de la legislación romana, con las reformas que aconsejaba la práctica y las necesidades del pueblo español.

En dicho ordenamiento se establecen prohibiciones para los clérigos, los labradores y las mujeres, quienes no podían ser fiadores más que en casos de excepción. La Fianza seguía siendo un contrato accesorio, susceptible de garantizar obligaciones naturales, caso en el que el fiador debía cumplir. La Fianza no podía exceder del monto de la obligación

⁸ Cfr. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉZ, Beatriz. Op. Cit. P. 120.

⁹ Cfr. CHIRINO CASTILLO, Joel. Derecho Civil III. Contratos Civiles. 2ª. Edición. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México, S. A. De C.V. México. 1996. p. 179.

¹⁰ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. Pp. 9-10.

principal, ni pagar cosa distinta de la debida por el deudor. Los fiadores podían afianzar sólo una parte de la deuda. Se entendía perfeccionado por la simple manifestación de voluntad, siempre que se realizara en forma indubitable. Se establecía que a través de la Fianza se transmitían los derechos y obligaciones derivados de la misma a los herederos. Continuaban vigentes los beneficios de excusión, división y cesión de acciones. Los modos de extinción de la Fianza eran los considerados en el derecho romano, por vía directa o por vía de consecuencia. Así vemos que "el contrato de Fideiussio romano ejerció un decisivo influjo en las Leyes de Partida".¹¹

En cuanto a la legislación mercantil, el 30 de mayo de 1829 se promulgó el Código de Comercio Español, el cual reglamenta la Fianza Mercantil en pocos preceptos, siendo importante destacar que se calificaba como mercantil a aquella Fianza en la que los sujetos que celebraban el contrato principal fueran comerciantes. Si el contrato principal era de naturaleza mercantil, el accesorio, que constituye la fianza, se consideraba mercantil. Los contratantes de la Fianza debían ser, a su vez, comerciantes. Este Código, conocido como Sáiz de Andino en honor a Pedro Sáiz de Andino quien redactó el proyecto; en su artículo 413, exigía que la Fianza se celebrara por escrito, constituyendo este requisito una formalidad del contrato, provocando la omisión de éste que no tuviera valor ni surtiera efectos, nota que diferenciaba a la Fianza Civil, la cual para su validez no requería ser por escrito, pues bastaba la manifestación de voluntad en forma expresa. Existía la posibilidad de exigir retribución al deudor principal por la constitución de la Fianza, en este caso el fiador no podía invocar los beneficios establecidos para la Fianza Civil. Así, la Fianza sólo se extinguía por el cumplimiento de la obligación principal o se extinguía la Fianza, como obligación autónoma.

Posteriormente, se promulgó el Código de Comercio Español el 22 de agosto de 1885, el cual derogó al Código Sáiz de Andino, reguló a la Fianza Mercantil, estableciendo reglas específicas en el Libro Segundo, "De los Contratos Especiales de Comercio", así como en el Título IX, "Los Afianzamientos Mercantiles". Este ordenamiento legal califica de mercantil a la Fianza, cuando la obligación principal fuera de esa naturaleza, omitiendo así el criterio anterior, que consideraba mercantil a la Fianza cuando se realizaba por comerciantes. De igual forma que el Código Sáiz de Andino, en la Fianza Mercantil se requería como formalidad la escritura, provocando la omisión de esta que la Fianza no tuviera valor ni surtiera efectos. Se continua estableciendo la posibilidad de pactar retribución por el otorgamiento de la Fianza, de tal suerte que el fiador no podía ser relevado de su obligación, liberándose sólo hasta la extinción del contrato principal, existiendo, además, la posibilidad de celebrar la fianza sujeta a plazo, caso en el cual al vencimiento del mismo cesaba la obligación del fiador.

La influencia de las Leyes de Partida, se mantuvo vigente aún en el Código Civil Español de 1888, el cual consideró a la fianza como un contrato accesorio, gratuito y unilateral. Se podían garantizar deudas futuras. La Fianza no debía exceder del monto de la obligación principal. Era válida la fianza que garantizaba sólo parte de la deuda principal. Siguen los beneficios de orden, división y excusión. Se establece el derecho del fiador de subrogarse en los derechos del acreedor para la recuperación. La extinción de la fianza era

¹¹ *Ibidem.* p. 11

por las vías ya mencionadas, la directa y la indirecta. Clasifica a las fianzas en legales, judiciales y convencionales. La obligación principal debía existir válidamente, por lo que no podían ser afianzadas las obligaciones puramente naturales. Para su perfeccionamiento no se requerían formalidades especiales, bastando el simple consentimiento de las partes manifestado en forma expresa.

A lo largo de los siglos, la fianza se maneja con los lineamientos señalados en el derecho común, siendo en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica donde empieza el desarrollo de la Fianza de Empresa, es decir, el afianzamiento a cargo de un ente corporativo.

En un principio, las personas que tenían a su cargo una posición de confianza, eran requeridas para dar fiadores, por lo cual estos recurrían a familiares y amigos, los cuales se obligaban por mero favor y sin retribución alguna.

Antes de 1720 en Inglaterra, tras la aparición de proposiciones de seguros, una compañía ofreció asegurar a los amos de la deshonestidad de sus criados, suponiendo esto el primer intento de afianzamiento, sin embargo, el negocio de fidelidad fue establecido en 1840, con la formación de la "Sociedad de Garantía de Londres"

El desarrollo de la fianza de empresa, se debe a la renuencia de las personas a otorgar fianzas, en atención a que no se tenía ningún interés personal inmediato por parte de los fiadores en la obligación garantizada, amén de la gratuidad de las mismas. Ante esta situación resultó más fácil la asunción de la fianza por parte de las empresas, ya que mediante una retribución se podían obtener fácilmente dichas fianzas.

En Estados Unidos de Norteamérica, el desarrollo de la fianza de empresa fue lento, sin embargo, dada la falta de organización y previsión, después de años de lucha profesional, de las muchas compañías de fianzas existentes, un gran porcentaje de ellas incurrió en insolvencia, con la consecuente quiebra de las mismas. Así, ante estos accidentados hechos la fianza de empresa se desarrolla a través del tiempo de tal forma que en dicho país hoy por hoy constituye uno de los más grandes negocios, al lado del de aseguramiento.¹²

1.3 El Contrato de Fianza en el Derecho Mexicano.

En general, en cuanto al derecho vigente en el período prehispánico, existe quienes afirman la existencia de este, argumentando que su origen emanaba de reglas de carácter religioso y consuetudinarias, regulando instituciones tales como el matrimonio, obligaciones, divorcio, propiedad privada de los bienes, principalmente muebles, sucesiones, y en lo que a nuestra figura se refiere, contratos.¹³

¹² *Ibidem* pp. 9-12, 27-28.

¹³ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. 20ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998. pp 79-80.

Se encuentra discrepancia respecto al tema de la existencia del contrato de Fianza en el derecho prehispánico. Por un lado existe argumentación en el sentido de que existió un tipo de afianzamiento familiar, cuando el deudor caía en insolvencia, supuesto en el cual, este debía pagar en vida con servicios como esclavo a favor de su acreedor, y tras la muerte del deudor el hijo sucedía dicha obligación. También se considera que existió el afianzamiento para el pago de una deuda de varias personas, sean miembros de una o varias familias, situación mediante la cual una sola persona a través de sus servicios como esclavo podía pagar dicha deuda, relevándose el servicio en un tiempo determinado entre los miembros de la familia, considerándose este tipo de afianzamiento, hereditario. Este tipo de afianzamiento fue prohibido por el Rey Nezahualpilli en 1505.¹⁴

Desde otro punto de vista, hay quienes sostienen que nuestros pueblos aborígenes no conocieron el contrato de Fianza, dado el sometimiento que existió sobre el imperio Azteca, por parte de los españoles, los cuales en nombre de sus ideales se encargaron de borrar todo antecedente o dato que permitiera conocer la verdadera estructura social de la civilización azteca, por lo que ante la falta de información al respecto es de dudarse el conocimiento de dicho contrato en aquél tiempo.¹⁵

Así pues, la idea que aceptamos es esta última, toda vez que la realidad social del imperio azteca y en general de las culturas prehispánicas existentes en el momento de la colonización, no ha sido conocida del todo, amén de que los datos que conocemos de las mismas, son aquellos suministrados por los vencedores, los colonizadores, por lo que se puede presumir la adecuación de dichos datos a los intereses de estos, provocando con dicha información afirmaciones no acordes con la realidad, razón por la cual se comparte la última de las ideas vertidas.

1.3.1 Legislación Común.

Por lo que toca a la Nueva España, constituida esta como producto de la colonización y el dominio, los ordenamientos jurídicos aplicables eran, desde luego, los aplicables en la península ibérica, en razón de la imposición del gobierno e instituciones del pueblo vencedor, característica propia de estos procesos sociales.

De esta forma, las instituciones jurídicas del derecho castellano peninsular alcanzaron plena vigencia. Las disposiciones dictadas durante este período en la Nueva España, no modificaron en lo fundamental, el viejo derecho castellano.

Uno de los primeros ordenamientos legales aplicados y no derivados directamente del ordenamiento jurídico español lo fueron Las Leyes de Indias, las cuales constituían el espejo legal de las prácticas de los naturales de estas tierras.

¹⁴ Cf. MOLINA BELLO, Manuel. Op. Cit. pp. 9-10.

¹⁵ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. p. 13.

La Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, establecía que en todos aquellos territorios americanos sujetos a la soberanía de España, las disposiciones aplicadas supletoriamente a esta serían las españolas.

Es en este ordenamiento, donde encontramos referencia a la garantía consistente en Fianza. Así, en la Ley 4, del Título XII se trata lo relativo a la apelación ante el Consejo de Indias, derivado de los juicios tramitados ante los jueces de casas de contratación. Resuelta la apelación, si esta fue condenatoria, existía la posibilidad de obtener la libertad o condena condicional, siempre que se depositara cierta cantidad ante el Consejo de Indias y de forma independiente se podía otorgar una Fianza.¹⁶

Posteriormente, se aplicaron Las Partidas de Alfonso X, El Sabio, hasta la promulgación de la legislación civil nacional, cuyos comentarios hechos anteriormente, respecto del cuerpo legal en mención, se tienen aquí por reproducidos.

Consumada la independencia de nuestra nación, surge la necesidad de adecuar los ordenamientos legales heredados de España a las necesidades imperantes en el país, aunado esto al deseo de erradicar toda aquella legislación y formar una propia, ya con la experiencia práctica adquirida con el transcurso del tiempo. Sin embargo, ante la dificultad que representaba realizar el cuerpo normativo del derecho civil, se mantuvo vigente, provisionalmente, el derecho aplicado en la Colonia, especialmente el de Las Partidas, fuente principal del derecho civil de la época, hasta antes de la expedición de los ordenamientos legales nacionales.

Siendo Presidente de la República Benito Juárez, surge a la luz el proyecto de Código Civil de Justo Sierra, publicado en 1861, inspirado a su vez en el proyecto de García-Goyena, teniendo como principal mérito el haber influido en el Código Civil de 1870. Dicho proyecto constituye el primer intento para lograr una legislación moderna en materia civil. No se convirtió en Código, dadas las circunstancias políticas y sociales del país en aquel tiempo.

El Código Civil de 1870, aprobado por decreto de 8 de diciembre de ese año, el cual entró en vigor el 1o. de marzo de 1871. fue el primer Código para el Distrito Federal y Territorios Federales, y se puede decir que es el primer Código Civil mexicano.

Este, tuvo una aplicación práctica relativamente corta, hasta 1884. Sus autores reconocen haber recibido influencia del derecho romano y español, de los Códigos Francés, Holandés y Austriaco, así como de los proyectos realizados con anterioridad en España, como el del juriconsulto español Florencio García Goyena, así como del proyecto de Justo Sierra .

Las legislaturas de las entidades federativas, tomaron como modelo dicho ordenamiento para la elaboración de sus respectivos Códigos Civiles.

¹⁶ MOLINA BELLO, Manuel. Op. Cit. p. 10.

De él, se desprenden diversas disposiciones en relación al contrato de Fianza, el cual se encuentra regulado de los artículos 1813 al 1888, relativos al Libro Tercero que es el de los Contratos.

Dicho ordenamiento, define a la Fianza estableciendo que: "Es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace". La Fianza podía ser judicial, legal o convencional, gratuita u onerosa. La capacidad exigida para realizar este contrato por parte del fiador es la capacidad general, excepción hecha de la mujer, la que se puede obligar sólo en determinados casos. La obligación garantizada debe ser civilmente válida, con lo que se excluye de esta garantía a la obligación natural. El Fiador no se puede obligar a más de lo que se obligó el deudor, pero sí afianzar parte de la deuda. Admite la posibilidad de pactar retribución por la Fianza. No se exigió requisito alguno para el perfeccionamiento de la Fianza, sin embargo, la voluntad tenía que manifestarse en forma expresa para que tuviera validez. Los derechos y obligaciones que surgen con motivo de este contrato eran transmitidos a los herederos. Las excepciones oponibles por parte del fiador son aquéllas inherentes a la deuda, imposibilitando a este el oponer las excepciones personales del deudor. Se contemplan los beneficios de orden, excusión y división, siempre que los hiciera valer el fiador; asimismo se permite la renuncia de dichos beneficios. Admita la solidaridad de los fiadores, por lo que al pagar uno de ellos, este podía reclamar de los otros la parte proporcional de su garantía, en caso contrario, es decir, de no existir solidaridad entre los fiadores, el fiador que asumía la obligación solo tenía acción para reclamar lo por él pagado. Se establece la obligación al fiador que hace el pago de notificarle al deudor dicha situación, a fin de que el deudor no le oponga las excepciones que tenga contra el acreedor. La Fianza se extinguía por vía directa, dado su carácter de obligación, o por vía indirecta. En las Fianzas Legales y Judiciales los fiadores no podían pedir la excusión del deudor principal. En caso de que no se hallara al fiador obligado a dar fianza, este podía otorgar prenda o hipoteca para responder de dicha obligación.

"Puede afirmarse con alguna seguridad que este Código siguió manteniendo los mismos principios del Derecho Romano, y de los proyectos que le sirvieron de inspiración, principalmente del de García Goyena".¹⁷

Es en virtud de las constantes movimientos sociales de la época que el Código Civil de 1870 tuvo poco tiempo de vigencia, pues en 1884, surgiría un nuevo ordenamiento civil, que entró en vigor el 1o. de junio de 1884 el cual fue una revisión afortunada del de 1870.

Así pues, siguió en aplicación el Código Civil de 1884, inspirado en el Código Napoleón, que reguló en forma similar que la de su precesor al contrato de Fianza, el cual posteriormente estableció como novedad el hecho de que la mujer tenía plena capacidad legal para celebrar el contrato de Fianza, y en general cualquier contratación, situación derivada de la expedición de la Ley de Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, lo que anteriormente no se permitía, como en el derecho romano, que sancionaba con la invalidez las fianzas otorgadas por las mujeres.¹⁸

¹⁷ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op.Cit. p. 15.

¹⁸ *Ibidem.* pp. 15-16.

La introducción de nuevas reglas para la regulación del contrato de Fianza, en la legislación común, corresponderían al Código Civil de 1928, el cual modificó la tendencia individualista contemplada en el Código de 1884, dada la inspiración que tuvo del Código Napoleón, que consagraba la individualidad. Así, este concepto cambia en el Código de 1928 por el de la socialización del derecho, amén de que las reglas establecidas en el mismo se encontraban sustentadas por la doctrina así como por las más avanzadas legislaciones.

De esta forma, dicho Código fue promulgado el 30 de agosto de 1928 con el nombre de "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales".

Este ordenamiento legal, contempla como novedad su doble aplicación; por un lado regula en materia de fuero común y por el otro tiene aplicación en toda la República, en asuntos del orden federal. Asimismo, recogió principios básicos tales como la equiparación completa de los derechos del hombre y la mujer, aplicación de las leyes mexicanas a todos los que se hallen dentro del territorio de la República Mexicana, la aplicación de dichas leyes con criterio nacionalista, protección expresa de los desvalidos e ignorantes, ruptura del principio de la ignorancia de las leyes, así como la limitación de la libertad en sentido social.

Esta ley, tuvo como principio rector para su elaboración la idea de armonizar los intereses individuales con los sociales, se encuentra influido de manera importante por las tendencias sociales de su época, así como por la ideología de la Revolución Mexicana. Se trató de un nuevo código, no de la revisión y reforma del código anterior.¹⁹

Por lo que respecta a la Fianza, ubicada en el la parte relativa a los contratos, la conceptúa diciendo que: "Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace". Establece la clasificación de la Fianza en legal, judicial y convencional.

En este aspecto es conveniente hacer una reflexión, en cuanto a la Fianza legal y judicial, en el sentido de que toda Fianza judicial debe tener como fundamento para su otorgamiento el estar requerida, precisamente, en una norma legal, siendo esta la base para el constreñimiento del otorgamiento de la Fianza, razón por la cual sólo se debió establecer en este aspecto la clasificación de la Fianza en convencional y legal, dado que toda Fianza judicial tiene su origen en la ley, razón por la que no tiene sentido esta clasificación.

Para la validez de este contrato, no se requiere de formalidad alguna, basta la manifestación del consentimiento hecha en forma expresa.

Asimismo, este ordenamiento admite la posibilidad de pactar retribución por la fianza, al establecer que puede ser gratuita u onerosa. Establece la posibilidad de otorgar fianza a favor del fiador. Establece la regla de que la Fianza no puede existir sin una

¹⁹ DE PINA, Rafael. Op. Cit. p. 83.

obligación válida, sin tomar en cuenta los criterios de Códigos anteriores en el sentido de que la obligación tenía que ser civilmente válida. El fiador puede obligarse a menos pero no a más que la deuda principal y en caso de hacerlo así la prestación se reduce a los límites de la obligación principal. Se establece la competencia para conocer de todo tipo de controversia suscitada por la fianza al juez del lugar donde se tenga que cumplir la obligación garantizada.

Este Código, hace alusión a las Cartas de Recomendación., las cuales de ninguna forma constituyen el contrato de Fianza, sino que se trata de la manifestación de datos de un persona determinada a fin de que esta se encuentre en posibilidad de constituirse en fiador, siendo el que las suscriba responsable de los daños, en caso de que por dichas cartas sobrevenga la insolvencia de las personas a las que se dirige dicha carta, que como vimos de ninguna manera constituye el contrato de Fianza. Esta responsabilidad no tiene lugar si el que la dio probase que su recomendación no fue lo que motivo a contratar con el recomendado.

Toma especial relevancia el hecho de que, el Código somete expresamente a las reglas del derecho común a todas aquellas fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que la Fianzas no se extiendan en forma de Pólizas, no se anuncien públicamente por la prensa o cualquier otro medio y que no se empleen agentes que las ofrezcan. Como después veremos, estas son características de la Fianza de Empresa.

En un apartado específico regula los efectos de la Fianza, entre el fiador y el acreedor. De esta forma, se establece que el fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones inherentes a la obligación, más no así las personales del deudor. Se sigue estableciendo en este apartado, el beneficio de excusión, el cual no podrá proceder en caso de renuncia del mismo, concurso o insolvencia probada del deudor, cuando este no pueda ser demandado dentro del territorio mexicano, cuando el negocio por el que se otorgó la Fianza sea propio del deudor, así como cuando se ignore el paradero del deudor, siendo este llamado por edictos y no comparezca o bien no tenga bienes susceptibles de embargo en el lugar donde debe cumplirse la obligación. Dicho beneficio debe hacerse valer, en caso de no encontrarse en los supuestos anteriores, cuando al fiador se le requiera de pago, designe este bienes del deudor que basten para cubrir el crédito en el lugar donde deba cumplirse la obligación o bien que anticipe o asegure los gastos de dicho beneficio. Asimismo, se establece el beneficio de orden.

En un capítulo diverso, regula los efectos de la Fianza entre el fiador y el deudor, siendo importante el que establece que el fiador que ha pagado tiene derecho a la indemnización por parte del deudor, aún cuando este último no haya otorgado su consentimiento para la celebración de la Fianza. En el caso de que se haya celebrado contra la voluntad del deudor, el fiador sólo tiene derecho a ser indemnizado de la cantidad que hubiere beneficiado al deudor. Para la indemnización del fiador, se establece como vía para la recuperación de lo pagado por este la figura de la Subrogación, la cual, dicho sea de paso, presenta grandes ventajas de carácter práctico.

Los efectos de la Fianza, entre los cofiadores es motivo de un capítulo diverso. Establece que, cuando existen cofiadores el que haya pagado podrá reclamar la parte correspondiente de cada uno de ellos. Si de estos alguno resultará insolvente, la parte correspondiente será soportada por los demás en la misma proporción, teniendo lugar estas reglas cuando el pago se haya hecho en razón de una demanda judicial o bien, cuando el deudor principal se encuentre en estado de concurso, es decir, cuando el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. En este caso, los cofiadores pueden oponer al que pagó las excepciones que corresponden al deudor principal contra el acreedor, siempre que no se trate de excepciones puramente personales del deudor o del fiador que ha pagado. Se establece que el beneficio de división no será procedente cuando se renuncie al mismo, cuando se han obligado mancomunadamente con el deudor, cuando alguno o algunos de los cofiadores están sujetos a concurso, caso en el cual, la parte de este recaerá sobre todos los demás, cuando el negocio por el que se prestó la fianza sea propio de los fiadores, así como cuando alguno o algunos de los cofiadores no pueda ser demandado judicialmente en el territorio mexicano o se ignore su paradero, previa la publicación de edictos y no comparezca o cuando no tenga bienes susceptibles a embargo en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

Se establece, también en un capítulo diverso, el VI del Título Décimo Tercero, de la Segunda Parte del Libro cuarto, la Fianza legal y judicial, valiendo aquí la crítica hecha a la denominación en líneas anteriores, es decir, consideramos una aberración esta denominación en el sentido de que toda Fianza judicial tiene su fundamento en la ley, por lo que el Código al hacer referencia a la Fianza judicial no hace más que señalar la autoridad ante la cual debe otorgarse, situación que acontece en los supuestos en los cuales la misma ley autoriza la garantía de determinada situación a través de la fianza, es decir, dicha Fianza no deriva de la exigibilidad o posibilidad de otorgamiento de la misma por un juez, sino que dicha exigibilidad o posibilidad de otorgamiento deriva de la ley.

En cuanto al otorgamiento de las mismas, para ser fiador se exige, además de la capacidad general para contratar, el tener bienes suficientes para responder de la obligación; cuando la garantía excediera de \$1,000.00, se requería la presentación de un certificado expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad en el que se hiciera constar que el fiador tiene los bienes suficientes para responder de dicha obligación, anotándose en inscripción marginal que dichos bienes quedaban afectados para, en su caso, satisfacer la deuda garantizada, creando la enajenación o gravámen de dichos inmuebles por parte del fiador, la presunción de ser fraudulentas. En este tipo de fianzas el Fiador no puede invocar el beneficio de excusión de los bienes del deudor principal ni los que fian a esos cofiadores pueden pedir la excusión de éstos ni la del deudor.

Asimismo, contempla casos como la confusión de las obligaciones del deudor y fiador, la liberación que haga el acreedor a uno de los fiadores. En el caso de que el acreedor impida la subrogación para la recuperación de lo pagado, sea por su culpa o negligencia, produce la liberación de los fiadores cuando estos fueren solidarios, el caso de ser otorgada una prórroga o espera por parte del acreedor al deudor, la cual extingue la fianza, cuando no existió de por medio consentimiento del fiador, se establece que en el caso de que el fiador se obligue por tiempo determinado, el fiador se libera de su obligación si no es requerido judicialmente por el acreedor dentro del mes siguiente al de la expiración

del plazo, así como cuando, existiendo ya un juicio entablado contra el deudor, el fiador dejare de promover por tres meses, siempre que no exista causa justificada de esa inactividad procesal. En el caso de que la fianza se otorgue por tiempo indeterminado, le asiste el derecho al fiador de pedir al acreedor que, requiera al deudor el cumplimiento de la obligación dentro del término de un mes. En caso de que no lo haga o que habiendo entablado un juicio contra el deudor dejare de promover por tres meses, sin causa que justifique su inactividad procesal, el fiador se libera de su obligación.

Al referirse a la extinción de la Fianza establece que, esta puede extinguirse al mismo tiempo que la obligación del deudor, dada su carácter de accesoria, y por las mismas causas que extinguen las obligaciones.

Es menester señalar que, a pesar de las diversas modificaciones realizadas a este cuerpo legal, el tratamiento de la fianza ha quedado prácticamente igual que al inicio de la vigencia de este Código. Es más, ni aún con las últimas reformas a éste, hechas ya por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (derivada de la reforma política llevada a cabo en 1994) publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000 fue reformado, aún de que dicha reforma tuvo como propósito realizar una revisión íntegra del Código Civil para adecuarlo a la realidad social presente.

1.3.2 Legislación Mercantil

En la Nueva España, se siguieron normando los hechos y actos jurídicos, en materia mercantil, por las Ordenanzas de Bilbao, derivadas estas de la confirmación Real hecha a la Villa de Bilbao, para que sus ordenanzas se hicieran cumplideras con el fin de lograr la conservación de las operaciones mercantiles, en 1511. Las ordenanzas eran resoluciones derivadas de tribunales que resolvían las controversias entre comerciantes constituidos en universidades o hermandades, y eran obligatorias en razón de la sanción real que se daban a las mismas.

Ante la realidad y prácticas jurídicas de España y América, surge la necesidad de crear un Código de Comercio, el cual vio la luz en 1829, tras la promulgación del Código Español de Sáinz de Andino, que también regulaba las situaciones jurídicas mercantiles en la Nueva España, hasta la promulgación de los ordenamientos jurídicos nacionales; cuerpo legal del cual sirven ahora los comentarios vertidos sobre el mismo en líneas anteriores.²⁰

Por lo que respecta a la Fianza regulada ex profeso por la legislación mercantil puramente nacional, es de mencionarse que se expidió el 16 de mayo de 1854 el Código de Comercio Mexicano, en el período de gobierno del General Antonio López de Santa Anna, denominado Código Lares, en honor de Don Teodosio Lares, Ministro de Justicia de Santa Anna, inspirado en los modelos europeos.

²⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 29ª. Edición. 6ª. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p.11,13-14.

Por lo que se refiere al contrato de Fianza, dicho ordenamiento establece que se reputan Fianzas mercantiles aquéllas que tenían por objeto garantizar el cumplimiento de contratos de comercio, es decir, utilizaba como criterio de calificación de la Fianza, el de la accesoriadad. Para la validez de la Fianza esta debía otorgarse por escrito, la omisión de este requisito hace que la Fianza no tenga valor ni surta efectos. Las condiciones del otorgamiento de la Fianza son las mismas que las del Código Español de 1829, por lo que valen aquí los comentarios apuntados al mismo.

La vigencia de este Código, fue de apenas un año, ya que por la derrota del gobierno de Santa Anna, tras el triunfo de la Revolución de Ayutla, éste se derogó en 1855, aplicándose desde entonces, de nueva cuenta, las Ordenanzas de Bilbao.

En 1857, la Constitución establecía la facultad que tenían los estados para legislar en materia de comercio, lo que dio como resultado que cada Estado publicara su propia legislación mercantil. En el Estado de México, el 1o. de junio de 1868 se declaró vigente el Código de Comercio de 1854. Por decreto de 24 de junio de 1868 la legislatura de Puebla declaraba aplicable el Código Lares, con excepción de aquéllas disposiciones que pugnarán con la Constitución. En el estado de Tabasco se publicó en 1878 otro Código de Comercio, que reprodujo el Código Lares.

Así, ante la diversidad de legislaciones mercantiles surge la necesidad de reformar la constitución a efecto de otorgar al Congreso Federal la facultad de legislar en materia de comercio, reforma que el 14 de diciembre de 1883 se realizó a la fracción X, del artículo 72 constitucional, lo que dio lugar a la expedición de un Código de Comercio de aplicación federal, el que comenzó a regir el 20 de julio de 1884, el cual derogó todas las disposiciones mercantiles anteriores, incluyendo las Ordenanzas de Bilbao.

"Al reglamentar lo relativo a las Fianzas Mercantiles, realizó una verdadera copia del Código de Comercio de 1854".²¹

La vigencia de este Código fue corta, pues iniciada esta se pensó en reformarlo, para lo cual el Ejecutivo de la Unión fue autorizado para ese efecto, quien luego de haber designado a una comisión para ese fin logró el Código de Comercio del 1o. de enero de 1890, el cual sigue vigente parcialmente, dadas las leyes mercantiles especiales expedidas y las reformas al mismo, hasta nuestros días.

Este Código de Comercio no regula las Fianzas Mercantiles.

Posteriormente, la Fianza Mercantil se ve sujeta a regulación por parte del primer ordenamiento legal especial de la materia del 3 de junio de 1895, el cual autoriza al Ejecutivo de la Unión para otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a practicar operaciones de caución para el manejo de funcionarios y empleados públicos, por medio del cual el Ejecutivo de la Unión podía otorgar concesiones a compañías nacionales o extranjeras que caucionaran el manejo de empleados públicos o particulares, dada la

²¹ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. p. 25.

influencia ejercida en las actividades industriales y comerciales de la época, por Estados Unidos de Norteamérica.²²

Este establece las bases administrativas, sobre las cuales se celebrarían contratos de Fianza de Empresa, aunque no autorizó el funcionamiento de alguna de estas compañías. No reguló la Fianza Mercantil, sino sólo los aspectos administrativos para la operación de las Instituciones Afianzadoras.

Estas debían tener su domicilio en la Ciudad de México, en el caso de ser extranjeras contar con una sucursal en esta ciudad. Se considerarían mexicanas para todos los efectos legales, por tanto estaban sujetas a la legislación nacional y a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, así como de las autoridades mexicanas. Para su operación se otorgó un plazo máximo de 20 años. Las autorizaciones no podían traspasarse sin permiso previo de la Secretaría de Hacienda, quien se convierte así en órgano de control de las mismas. Las Instituciones de Fianzas tenían privilegios fiscales, es decir, se exceptuaban del pago de impuestos, con excepción del causado en la forma de timbre. El gobierno federal se reservaba el derecho de otorgar concesiones más ventajosas, en cuyo caso las ventajas se extenderían a todas las empresas en operación.

Ingerencia directa de la Federación, a fin de supervisar la solvencia económica de las instituciones afianzadoras, en especial las extranjeras. Para tal efecto se establecía la obligación de dichas empresas de depositar, antes del inicio de operación de las mismas, ante la Tesorería General de la Federación, la cantidad de \$100,000.00, como garantía de su gestión, provocando la omisión de dicho depósito que no se firmaran los contratos respectivos. La forma y términos para la expedición de las Fianzas deberían sujetarse a las exigencias de la Secretaría de Hacienda, gobiernos de los Estados, funcionarios y empleados autorizados para admitir y aprobar dicha garantía, sin que la ley fijara un criterio uniforme para el otorgamiento de la misma. El documento expedido con dichas exigencias tenía el carácter de instrumento público. El premio por el otorgamiento de la garantía en ningún caso sería mayor a \$25.00, existiendo la posibilidad de retener el sueldo de un trabajador por parte de la Secretaría de Hacienda, cuando un empleado federal no cubriera dicho premio. En el caso de que la Federación realizara un pago derivado del desfaldo ocasionado por un empleado afianzado, hecho el pago se tenía un plazo de 8 días, y en ocasiones de 30, para que la Institución depositara la cantidad correspondiente, contado a partir de la notificación de dicho pago a la institución, teniendo ésta la posibilidad de investigar la certeza de dicho desfaldo. La compañía afianzadora que pagaba, para la recuperación de lo pagado se subrogaba en los derechos que tenía el Fisco para la reclamación.

El lapso de tiempo que se otorgaba para exigir la responsabilidad derivada de la Fianza se prolongaba a tres años después de la vigencia de la Fianza, salvo que se hubiere estipulado un plazo menor. Para el retiro de las Fianzas, las compañías debían realizar un aviso por escrito, a fin de que el fiado rindiera un informe, quedando la garantía vigente 30 días después de dicho aviso. Las instituciones afianzadoras podían nombrar inspectores, quienes investigaban la veracidad de los desfalcos, sujetos a la dirección de la Secretaría de

²² MOLINA BELLO, Manuel. Op. Cit. p. 11

Hacienda. Se contemplaba la caducidad de la concesión de la Institución Afianzadora cuando esta, una vez actualizada la responsabilidad de un empleado afianzado, no verificara el pago de la fianza en forma voluntaria en el plazo otorgado, pues en dicho supuesto, del depósito de \$100,000.00 se distraía la cantidad correspondiente, debiendo la institución afianzadora reconstituir ese depósito dentro del término de diez días, el cual de no hacerlo, traería como consecuencia la mencionada caducidad de la concesión.

Al no existir regulación sustantiva de la Fianza Mercantil, sino reglas administrativas de operación de las instituciones afianzadoras, estas eran reguladas por el Código Civil, en razón de que el Código de Comercio de 1889 no contemplaba dicha figura jurídica, sin embargo, éste en su artículo 2o. remitía directamente a las disposiciones del Código Civil, cuando en su regulación no hubieran disposiciones aplicables a la situación jurídica en concreto.

La única aplicación práctica del cuerpo de leyes en trato fue el Contrato Concesión del 19 de junio de 1895 (16 días después de su expedición) celebrado entre el Gobierno Federal, y los señores Guillermo Obregón y Zan L. Tidball, cuyo fin fue establecer en México la primera compañía de Fianzas de Empresa, siendo esta una sucursal de la "American Surety Company of New York". Documento del que se desprende la fecha exacta del establecimiento de la primera institución afianzadora en nuestro país.²³

Posteriormente el Gobierno Federal, realizó una serie de circulares, cuyo fin era el detallar los aspectos del decreto mencionado, como la del 21 de agosto de 1895, por medio de la cual se estableció la obligación de sus empleados de asegurarse en un plazo determinado, trayendo como consecuencia el desacato a dicha disposición, el que se suspendieran sus salarios e incluso la cesación del funcionario. Siguió a dicha circular la de 7 de septiembre de 1895, como aclaratoria de la anterior. Posteriormente, el 30 de septiembre de 1895, se giró la circular por medio de la cual las Fianzas otorgadas a empleados públicos que garantizaban el buen desempeño de éstos, se debían legalizar con estampillas, cuyo costo era de dos centavos por cada peso. El 30 de septiembre de 1895, se expidió la circular que establecía las reglas a las que debían sujetarse las fianzas celebradas para garantizar el buen desempeño de los empleados de Correos y Telégrafos. El 7 de octubre de 1895, se expidió también la circular que permitía la importación de artículos extranjeros, siempre que se pagaran los derechos respectivos, quitando toda aplicabilidad de la fianza en esta materia.

El 8 de mayo de 1901, el Gobierno Federal y el mencionado señor Guillermo Obregón junto con Lewis H. Parry, representantes de la American Surety Company on New York, celebraron un nuevo contrato-concesión, que reformaba a su precesor de 19 de junio de 1895. En dicho convenio se estipulaba que todas aquellas fianzas, cauciones o garantías que asumían las instituciones afianzadoras se deberían extender en forma de Pólizas, en los términos exigidos por la Secretaría de Hacienda, Gobierno del Distrito y todos aquellos funcionarios que admitieran y aprobaran dichos documentos. Estos tenían así la fuerza de instrumentos públicos, siendo esta disposición importante, ya que por primera vez se exige la Póliza en las Fianzas de Empresa. Se estableció la "Limitación a la responsabilidad de la

²³ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. pp. 31-32.

Fiadora", siendo este límite el pactado en el contrato, el cual se reflejaba en la Póliza respectiva. La vigencia mínima de la fianza otorgada para garantizar el manejo de los empleados federales fue de un año, sin embargo, este plazo podía prorrogarse, siempre que se cubrieran por adelantado las primas respectivas, es decir, se cubría por adelantado la contraprestación de la afianzadora por la garantía que ésta asumía. Se establecieron las Fianzas de "carácter preventivo", las cuales tenían por objeto garantizar el manejo de los empleados que substituyeran a otros ya afianzados, que se convertían en definitivas cuando efectivamente se daba la substitución de los empleados, siendo requisito indispensable para dicha conversión el aviso por escrito a la compañía afianzadora. La contraprestación que percibía la empresa afianzadora si se trataba de cantidades menores de \$600.00 era, como mínimo, de \$21.00. Si se trataba de una prima anual menor a ésta existía el derecho de no otorgar la Fianza. Para la recuperación de lo pagado por la institución afianzadora, ésta se subrogaba en todos los derechos y acciones del Fisco, o en su caso, del acreedor, a fin de obtener el reembolso, ejercitando estos derechos ante los juzgados y tribunales de la República.

Más tarde, ante la necesidad de ampliar la actividad del afianzamiento de empresa, se publicó en el Diario Oficial de 24 de mayo de 1910 la primera regulación sustantiva en esta materia (recordemos que los anteriores ordenamientos tenían como fin específico la regulación de aspectos administrativos de las instituciones de fianzas), surgiendo así la Ley sobre Compañías de Fianzas, dentro del contexto de crisis política en el país, tras la inminente reelección del General Porfirio Díaz, como Presidente de la República, la cual se dio en junio del mismo año.²⁴

Dicho ordenamiento legal, señaló los requisitos a que deberían someterse las compañías interesadas en el afianzamiento. Se estableció la inspección y vigilancia de las instituciones afianzadoras por parte del Estado, obedeciendo esto a tres razones, expuestas por el Licenciado Efrén Cervantes Altamirano:

- a) Garantizar los intereses de las personas que aparecían como acreedoras,
- b) Evitar a las compañías una ruinoso competencia y,
- c) La colocación de éstas al margen de la ley.²⁵

No existió exigencia en el sentido de la forma social en que debía constituirse la compañía afianzadora, siendo suficiente la constitución de cualesquiera de las mencionadas en el Código de Comercio. Podían participar sociedades nacionales y extranjeras, en este último caso debían cumplir determinados requisitos. Se exigía, para su operación, un depósito de dinero en la Tesorería General de la Federación por la cantidad mínima de \$100,000.00, depósito que debía incrementarse de acuerdo a los ramos de operación de la

²⁴ Para una reseña del medio político de la época se puede consultar GILLY, Adolfo. La Revolución Interrumpida. Primera Reimpresión. Ediciones Era, S.A. de C.V. Colección Problemas de México. México. 1994. pp. 64-85.

²⁵ Cfr. Op. Cit. p. 34.

compañía, los cuales a su vez, constituían una garantía, en el caso del cumplimiento de responsabilidades exigibles a la compañía por la responsabilidad de sus fiados, estando así obligadas al pago de la Federación del monto de la obligación garantizada. La Secretaría de Hacienda, en caso de no hacer la compañía el pago de la cantidad mencionada, podía sustraer en forma administrativa la cantidad respectiva al valor de la garantía prestada de dicho depósito. Así, la institución debía reconstituir el mismo en el término de diez días, no haciendo aquí mención alguna de la caducidad de la concesión, como anteriormente se establecía. Correspondía a la Secretaría de Hacienda autorizar el funcionamiento de las instituciones de Fianzas, así como fijar los requisitos de admisibilidad de las Fianzas y la cancelación de dichas autorizaciones cuando fueran estas precedentes.

Se establece la clasificación de las Fianzas en: De fidelidad, las que garantizan el manejo de los funcionarios federales; las de Garantía de Pago de Impuestos, Rentas y Multas y las de Garantía del Cumplimiento de Obligaciones de contratos a favor del Estado. De acuerdo al tipo de Fianza a operar dependía la cantidad que las instituciones afianzadoras debían depositar en la Tesorería General de la Federación. A diferencia de lo establecido en la legislación común para el fiador, respecto del requisito de tener bienes raíces en la República, a las instituciones afianzadoras se les eximió del mismo, pues se establece que éstas se consideran de acreditada solvencia económica, situación derivada de la realización del depósito mencionado, el cual respondía de las obligaciones exigibles a la afianzadora. Los documentos expedidos por las garantías otorgadas tenían el carácter de instrumentos públicos. Las instituciones afianzadoras podían obtener informes confidenciales de sus afianzados. Dichas instituciones tenían derecho de prelación sobre los bienes del responsable y de sus cómplices, para el caso de llegar a pagar, teniendo como vía para la recuperación de lo pagado, la subrogación en los derechos que tenían el Fisco para reclamar a todos aquellos que defraudarán a la Federación. En el caso de que los empleados federales no pagaran la prima correspondiente, por la garantía de la institución afianzadora, las oficinas pagadoras podían descontar del sueldo de dichos trabajadores la cantidad respectiva para el pago de la prima correspondiente.²⁶

Así pues, se ampliaron los rubros en los cuales podrían otorgar caución las compañías de fianzas, ya sea para garantizar el manejo de funcionarios o empleados y responder por el pago de derechos, multas, impuestos, contribuciones, rentas y otros en aquellos casos en que las leyes exigieran dicha garantía, o bien para responder por las obligaciones obtenidas contractualmente entre personas físicas o morales y el Gobierno Federal cuyo objeto sea ejecución de obras o provisión de efectos y materiales. Se consideró a las instituciones de fianzas como instituciones de crédito.²⁷

Posteriormente, el Ejecutivo de la Unión expidió las 32 Bases Orgánicas, por decreto de 24 de junio de 1910, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7o. de la

²⁶ Cfr. ídem. pp. 34-35.

²⁷ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros. Fianzas. Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Grupos Financieros. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p. 41

Ley sobre Compañías de Fianzas. Estas bases sólo se referían a las fianzas otorgadas a favor de la Hacienda Pública.

Son importantes las disposiciones referentes a la expedición de las Fianzas en forma de Póliza, en la que se debería señalar cuáles eran los requisitos que para admitirlas señalaran las entidades acreedoras. La responsabilidad de las afianzadoras se limitaban a los términos contenidos en la Póliza. La responsabilidad no debía ser mayor a la admitida en esta forma. La vigencia mínima de la Póliza era de un año, pudiendo prorrogarse por más tiempo por mutuo consentimiento. Cuando la Fianza terminaba anticipadamente existía la obligación de las instituciones afianzadoras de devolver las primas no devengadas. Para el pago de la prima se estableció un tabulador, al que debían sujetarse tanto las compañías como los solicitantes de las fianzas. Las acciones derivadas de las fianzas prescribían en tres años contados a partir de la fecha del vencimiento o de su exigibilidad. La institución afianzadora podía dejar de afianzar a determinado empleado, con causa justificada, teniendo la obligación de notificar dicha resolución a la entidad acreedora, pero su responsabilidad no terminaba sino hasta los dos meses siguientes a la notificación. En el caso de existir una resolución administrativa en la que se obligaba a la institución a hacer el depósito por el monto de la garantía prestada, ésta podía promover un juicio ante los tribunales comunes, a fin de que estos determinaran en definitiva, si debía o no hacer dicho depósito. Las empresas que operaran en el país debían sujetarse a las mencionadas reglas, así como a sus adiciones o modificaciones.

El 30 de junio de 1910, por medio de una circular se autorizó el establecimiento de una sucursal en el país de la "National Surety Company of New York", cuyo objeto fue otorgar fianzas a favor de la Hacienda Pública.

Siguió el 9 de julio de 1910 el establecimiento en el país de una sucursal de la "London Guarantee and Accident Company", cuyo objeto fue el otorgamiento de fianzas que garantizaran el manejo de funcionarios y empleados de la Federación.

Así, el 16 de abril de 1913, un grupo de accionistas mexicanos compraron las acciones de la sucursal estadounidense "American Surety Company of New York", convirtiéndose ésta en la primera compañía de Fianzas del país, con el nombre de "Compañía Mexicana de Garantías".²⁸

La Ley sobre Compañías de Fianzas estuvo vigente hasta que apareció publicada en el Diario Oficial de 8 de abril de 1925 la Ley sobre Compañías de Fianzas, siendo Presidente de la República el General Calles.

En este ordenamiento de nueva cuenta la Secretaría de Hacienda era el órgano encargado de la inspección y vigilancia de las instituciones afianzadoras, las que debían hacer depósitos en efectivo, o bien en Bonos de la Deuda Pública, a efecto de garantizar, a su vez, las obligaciones que contraían. Las sucursales de instituciones afianzadoras podían establecerse en el país, previo el cumplimiento de determinados requisitos. Se autorizó la expedición de cualquier tipo de fianzas a favor de particulares, incluso judiciales, las cuales

²⁸ CERVANTES ALTAMIRANO. Op. Cit. pp. 35-37.

hasta entonces eran otorgadas por particulares, disposición que abre las puertas del mercado afianzador. Las instituciones de fianzas eran consideradas como instituciones de crédito, por lo que eran reguladas ahora, por la ley de la materia expedida en 1924, en lo que no se opusiera a la ley de fianzas. Las instituciones de fianzas debían constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, con número mínimo de socios y capital determinado, el cual podía variar de acuerdo al ramo a operar. Las instituciones afianzadoras debían constituir el "Fondo de Reserva de Premios por Fianzas en vigor", con el cual las afianzadoras hacían frente a sus compromisos sin sufrir graves deterioros en su economía, formando dicho fondo con el 50% del importe de las primas correspondientes a las fianzas expedidas durante un año. Las afianzadoras no podían desvirtuar su objeto, motivo por el cual se establecían ciertas prohibiciones. El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda fijaba los requisitos solo para el otorgamiento de Fianzas a favor de la Federación, en los demás casos se estaba a lo estipulado por las partes. Las Fianzas se debían expedir en forma de Pólizas. Los límites de la responsabilidad de la afianzadora eran los consignados, no podían otorgarse fianzas sin límite de responsabilidad. La empresa afianzadora se consideraba de acreditada solvencia, por lo que se le exime de tener bienes raíces en territorio nacional. Los documentos de caución otorgados se consideraban como instrumentos públicos. Solo las instituciones afianzadoras podían emitir fianzas en forma sistemática, en caso de hacerlo un particular, este hecho era constitutivo de delito.²⁹

Se consideró a las instituciones de fianzas como instituciones de crédito, situación análoga en la ley de 1910.

El 29 de noviembre de 1926, aparece publicada en el Diario Oficial la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, la cual en su capítulo IX, regula a las afianzadoras, razón por la que la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925 queda derogada, situación ya prevista por la ley de 1925, pues ésta daba a las instituciones de fianzas el carácter de instituciones de crédito.

El capítulo IX fue dedicado a la regulación de las fianzas otorgadas por empresa, éstas siguieron conservando su carácter de instituciones de crédito.³⁰

En cuanto a la regulación específica de las fianzas de empresa, reproduce casi íntegramente las disposiciones de la regulación anterior, con algunas innovaciones.

Las compañías, en el caso de expedición de fianzas a particulares pueden hacerlo en toda la República. Se debía constituir un fondo de reserva, con el 10% de las utilidades netas anuales, con la autorización de la Asamblea General de Accionistas, teniendo dicho fondo como máximo la tercera parte del monto del capital social. Se permitió el establecimiento de sucursales extranjeras, las cuales no podían tener más derechos que las instituciones afianzadoras nacionales. Para la autorización de su operación, éstas debían realizar el depósito ahora ante el Banco de México, en oro nacional o en Títulos de la Deuda Pública, determinando el importe el ramo que se pretendía operar. Se debía constituir el Fondo de Reservas de Premios para Fianzas en vigor y el Fondo de Reserva

²⁹ Ídem. pp. 37-38.

³⁰ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Op. Cit. p. 41.

Ordinaria. La Secretaría de Hacienda podía retirar las autorizaciones en determinados supuestos. No existía plazo mínimo de operación de las instituciones afianzadoras, pero en caso de pretender dejar de operar debían dar aviso a la Secretaría de Hacienda con tres meses de anticipación. Se establecieron prohibiciones a efecto de que las instituciones afianzadoras no desvirtuaran su objeto así como para evitar desequilibrios económicos. La Secretaría de Hacienda siguió siendo el órgano estatal de inspección y vigilancia de las instituciones afianzadoras. Las fianzas se debían expedir en forma de Póliza, por una cantidad determinada, el documento así expedido tenía el carácter de instrumento público. A los particulares se les prohibió otorgar fianzas en forma sistemática, siendo constitutivo de delito la asunción de dicha conducta por parte del particular.

Las instituciones afianzadoras, en cuanto instituciones de crédito, debían constituir un fondo especial, cuando se pagara por sus acciones un premio además de su valor nominal. Eran motivo de exenciones fiscales. Para el caso de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones se sujetaban al capítulo de Suspensión de Pagos de las Instituciones de Crédito en General, en virtud del cual en caso de incurrir en dicho supuesto la sindicatura debía ser colectiva, los liquidadores debían ser instituciones de crédito y la representación de los intereses de la sociedad se daba por parte de la Secretaría de Hacienda.

La Ley Bancaria de 31 de agosto de 1926, aplicable a las afianzadoras, estableció un procedimiento novedoso para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación. De esta forma, si la compañía, una vez exigible su obligación y haber sido requerida de pago, no daba cumplimiento a la obligación contraída, la oficina acreedora podía girar una orden de afectación al depósito general para el caso constituido, para que la Secretaría de Hacienda, por conducto de su Dirección de Crédito afectara ese depósito para cubrir la obligación contraída, señalando a la afianzadora la obligación de restituirlo en el término de 10 días.

Posteriormente, se promulgó el 30 de agosto de 1926 la Ley sobre Garantía del Manejo de Funcionarios y Empleados Federales, la cual ordenó la constitución de un fondo de garantía, integrado por los descuentos proporcionales que se hacían al sueldo de dichos empleados, expidiéndose el reglamento de esta ley el 16 de octubre de 1928.

En el Diario Oficial de 29 de junio de 1932, fue publicada la Ley General de Instituciones de Crédito, motivo por el que las disposiciones del Capítulo IX de la ley de 1926 se dejaron de aplicar, así como las 32 Bases Orgánicas de 1910.

Las empresas afianzadoras nacionales, como instituciones de crédito, se rigieron por el capítulo IX de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, de 1932 a 1941, en razón de que el artículo VII Transitorio de la ley de 1932 aceptó que existiera el régimen legal contenido en aquella respecto de las compañías de fianzas.

Por virtud de la ley de 1932, todas las instituciones de crédito podían otorgar fianzas, siempre que el fiado constituyera garantía bastante a favor de la institución fiadora.

Las instituciones de fianzas quedaron fuera del sistema bancario, estaban contempladas dentro de las instituciones de seguros, en razón de que las técnicas que se utilizaban en éstas para la distribución de los riesgos operaban en la fianza de manera similar.³¹

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, por la reforma de 6 de enero de 1934 al artículo 247 del capítulo IX, estableció que ninguna compañía o individuo podía otorgar fianzas sin estar legalmente autorizados por el gobierno federal. Por excepción se podían otorgar siempre que la fianza fuera accidental. En el caso de que una institución no autorizada otorgara fianzas, los directores, gerentes o administradores que autorizaran contratar fianza a sabiendas que la compañía con quien se contrata no está autorizada, así como cuando los agentes que intervengan en una contratación de este tipo supieran que la compañía no estaba autorizada para celebrarlo, daba lugar a considerar estos hechos constitutivos del delito de fraude.

El Límite de Retención, actualmente Margen Legal, fue implantado por primera vez el 23 de febrero de 1939, cuando mediante oficio se estableció que para la aceptación de sus respectivas fianzas era indispensable que éstas no excedieran el 20% del capital y reservas del mismo. También surge aquí la figura del Reafianzamiento, ya que cuando se sobrepasara dicho margen, se deberían reafianzar con otra compañía o bien exigir una garantía bastante al fiado, a favor de la fiadora y con la aprobación de la Secretaría de Hacienda.

Estas exigencias, solo se debían cumplir en el caso de las fianzas otorgadas a favor de la Hacienda Pública, sin la precisión de las contragarantías, lo que fue objeto del oficio de 15 de abril de 1940, que estableció que éstas serían depósitos en efectivo o en valores, pero el reafianzamiento era preferente. Por medio del oficio de 19 de febrero de 1941 no se exigía el depósito ni hipoteca si la contragarantía se prestaba por una empresa establecida en el país, si a juicio de la Secretaría de Hacienda ésta tenía suficiente solvencia para responder de sus obligaciones. La hipoteca se admitió como contragarantía mediante oficio de 26 de julio de 1941.

En 1940 se elaboró un proyecto de Ley de Fianzas, el cual no tuvo aplicación, dada la intervención de las instituciones afianzadoras ante la Secretaría de Hacienda, las cuales señalaron que dicho proyecto fue hecho por personas que desconocían el medio, las condiciones y problemas propios de las compañías de fianzas.³²

Las instituciones de fianzas perdieron el carácter de instituciones de crédito a partir de 1941, tras la entrada en vigor de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El 14 de febrero de 1942, por acuerdo, se estableció la posibilidad de practicar reafianzamientos con empresas, incluso extranjeras, cuando su responsabilidad excediera el Límite de Retención. Este fue reformado por acuerdo de 27 de marzo de 1942,

³¹ *Íbidem.*

³² CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. pp. 44-45.

estableciendo los requisitos para el reafianzamiento de instituciones mexicanas con extranjeras; la existencia de control legal sobre compañías de fianzas en su país de origen, la exhibición de un certificado de la autoridad competente de su país donde acredite la autorización para operar en su ramo, así como el de tener la solvencia necesaria.

El 12 de mayo de 1943 se publicó en el Diario Oficial la Ley de Instituciones de Fianzas, la cual entró en vigor el 1o. de junio de ese año.

Se establece que las fianzas de empresa otorgadas no pueden ser superiores en su conjunto a 50 veces la suma del capital y reservas del capital. Este límite se conoce como "Márgen de Operación". El monto individual de cada operación, el "Límite de Retención" no podrá ser mayor del 20% del capital y reservas. Aumentó el capital mínimo de las compañías para operar en cada ramo. Las fianzas otorgadas por empresas se consideraban mercantiles para las partes. En tanto no hubiera regulación específica para la fianza, siendo esta onerosa, los contratos respectivos se regularían por la legislación mercantil. No se aplicaban dichas disposiciones cuando la fianza se otorgara en forma ocasional por una institución de crédito o de fianzas.³³

En dicha ley, se reserva la celebración de fianzas de carácter oneroso y en forma habitual a las instituciones autorizadas por el Gobierno Federal, revistiendo éstas la forma de sociedad anónima. La Secretaría de Hacienda, la cual puede declarar la revocación de la mencionada autorización, en atención a los supuestos contemplados en dicho cuerpo legal. El capital mínimo de las afianzadoras tiene relación directa con el ramo que se pretende operar. Existe prohibición a las afianzadoras de celebrar cualquier operación no relacionada con su objeto. Sólo las afianzadoras pueden utilizar en su denominación las palabras "Fianza", "Afianzador", "Afianzamiento", "Caución" o cualquier otro semejante, en español o en cualquier idioma. Se admite la existencia de "Márgen Legal", consistente en el 15% de la suma del capital pagado y reservas estatutarias. La compañía que ha otorgado fianza, excediéndose de su márgen legal, debe afianzar dicho excedente con otra institución o bien, reasegurararlo. Pueden reafianzar dichas instituciones, aun de no exceder dicho márgen, si comprueban ante la Secretaría de Hacienda que el volúmen de primas que reciben por los reafianzamientos que ellas asumen respecto de las compañías extranjeras, ha sido igual o superior al que ellas a su vez han cedido o pagado, en el último año. Las instituciones de fianzas se consideran de acreditada solvencia.

Se impone la obligación a las afianzadoras de constituir reservas tales como "la Técnica, de riesgos en curso para contratos vigentes", "La de obligaciones ya exigibles y pendientes de cumplir", "la de previsión", "la ordinaria", "la que se constituirá con el excedente del valor nominal que se pague por las acciones de la sociedad", "la que se formará con el aumento registrado en la revaluación de los valores del activo", y "la reserva específica". Las instituciones de fianzas deben registrar en su contabilidad todos los actos y contratos de los cuales derive una obligación para estas. Se establece un procedimiento específico para la regularización de la afianzadora, así como para su disolución. Se establece el procedimiento para las reclamaciones ante la institución afianzadora. Se consideran mercantiles para las partes las operaciones realizadas por afianzadoras.

³³ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Op. Cit. p. 42.

Las fianzas otorgadas por afianzadoras son actos de comercio, siempre que se otorguen en forma onerosa, sistemática y por una institución autorizada. Se establece que a falta de disposición expresa en dicha ley, se aplicarán el Código de Comercio, y a falta de regulación en este, el Código Civil en su parte relativa. Las afianzadoras están obligadas a expedir pólizas. Se suprimen a las afianzadoras los beneficios de orden y excusión. Las acciones derivadas del afianzamiento de empresa, prescriben en el plazo de dos años.

La ley actual, en materia de afianzamiento de empresa es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950, la cual, en base a lo dispuesto por el artículo transitorio II derogó la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, así como sus reformas y disposiciones complementarias, transitorio con el que quitó toda aplicabilidad de los ordenamientos legales que regulaban la fianza de empresa hasta entonces.

Dicha ley, se considera de orden público, razón por lo cual son irrenunciables las disposiciones de la misma. Establece la mercantilidad de las fianzas o contratos celebradas con instituciones afianzadora, para todas las personas que intervengan en las mismas, con excepción de la garantía hipotecaria. Para la operación de una institución de fianzas se requiere autorización del Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda, quien puede revocar dicha autorización en los supuestos establecidos en la propia ley, dado el carácter de órgano de inspección y vigilancia que dicha ley le otorga. La solicitud para operar como institución afianzadora se debe presentar a la Secretaría de Hacienda. Se prohíbe otorgar fianzas a título oneroso a personas físicas y morales no autorizadas. Se establecen los ramos y subramos de la fianza de empresa, a saber: Fianzas de Fidelidad, Fianzas Judiciales, Fianzas Administrativas, Fianzas de Crédito, haciendo mención también de los Fideicomisos de Garantía. Se considera a las instituciones de Fianzas, por las fianzas que otorguen, como de acreditada solvencia. Se establece la forma social en que debe constituirse una institución afianzadora, siendo esta la de sociedad anónima de capital fijo o variable, con arreglo a las disposiciones aplicables. Se establece un catálogo de operaciones de las instituciones de fianzas. Las instituciones de fianzas deben tener suficientemente garantizada su recuperación, sea mediante prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza o afectación en garantía. Se ordena la constitución de reservas técnicas "de fianzas en vigor", reserva técnica "de contingencia" y las demás que establezcan las leyes aplicables. La inspección y vigilancia del sector afianzador corresponde a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Se establecen reglas específicas para reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva. Se establece un catálogo de infracciones y delitos relacionados con la actividad afianzadora. En lo no previsto por esta ley se aplicará la legislación mercantil y a falta de disposición expresa el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, actualmente se debe aplicar el Código Civil Federal, dado que el Distrito Federal cuenta con Código Civil propio, como consecuencia de la reforma política de 1994. Al igual que la ley anterior, se establece un procedimiento específico para las reclamaciones en contra de la afianzadora. Se suprimen a las instituciones de fianzas los beneficios de orden y excusión.

El Doctor Jesús De la Fuente Rodríguez, señala que la diversas adiciones y reformas hechas a la ley en vigor, han tenido por objeto: permitir la participación de inversionistas

extranjeros a la actividad afianzadora; eliminar la aprobación previa, por parte de los órganos de inspección y vigilancia de la actividad afianzadora, de las fianzas que exceden del margen de operación; dar libertad a las compañías afianzadoras para determinar las primas y comisiones a agentes, así como lo relativo al afianzamiento; permitir a las instituciones de fianzas la posibilidad de realizar la propaganda y publicidad de sus servicios, así como el establecimiento de oficinas y sucursales, sin que medie la aprobación previa de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; proteger los intereses de los beneficiarios, estableciendo procedimientos de reclamación, compuestos de una fase conciliatoria, y en su caso, de arbitraje; dar la alternativa de que las instituciones opten por la operación bajo el régimen de capital fijo o variable; establecer un catálogo de operaciones de las instituciones de fianzas; contemplar la posibilidad de que las afianzadoras mexicanas celebren operaciones de reafianzamiento con las entidades del exterior; establecer procedimientos convencionales para hacer más expedita la ejecución de las garantías con las que cuente la afianzadora; eliminar el control que sobre las tarifas de primas ejerce la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como establecer un marco jurídico propio a las operaciones realizadas por instituciones de fianzas, semejante al régimen de los seguros privados. De igual forma señala que esta ley excluyó de su aplicabilidad las fianzas otorgadas por instituciones de crédito.³⁴

Fue aplicable a la contratación de las fianzas de empresa, el Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1993.

Dicho ordenamiento, establece la autorización que se requiere para realizar la actividad de agente de fianzas. Asimismo, establece la posibilidad de actuar como agente de fianzas en base a contratos de comisión mercantil. Se puede suspender o revocar la autorización de agente en los casos mencionados por la propia ley. Se establecen sanciones administrativas por infracciones a dicho reglamento, que van desde la amonestación hasta la revocación de la autorización, reglas establecidas con el fin de asegurar los derechos de las personas que celebran operaciones por conducto de dichos agentes.

Un último ordenamiento legal de reciente creación se suma a la regulación de la intermediación en la contratación de fianzas de empresa.

Se trata del Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 2001.

Dicho ordenamiento, igual que el anterior, establece que para realizar actividades de intermediación en la contratación de fianzas de empresa se requiere de autorización, la cual otorgará o negará discrecionalmente la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

La autorización para actuar como agente persona física o apoderado, tendrá una vigencia de tres años, se hará constar en cédula, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas podrá refrendarla por periodos iguales.

³⁴ *Ibidem* pp. 42-43.

En el caso de agentes personas morales, la vigencia de la autorización podrá ser indefinida. Si se otorga por tiempo definido, podrá ser refrendada por períodos iguales.

Se establece la obligación para los agentes de fianzas de informar, a quien pretenda contratar una fianza, en escrito firmado por ellos, los datos relativos a su actividad, limitación de sus facultades de representación, costo de la prima, causas de extinción de la fianza, que mantendrá informado al contratante del estado en que se encuentre el trámite de la expedición de la fianza, la aceptación de la fianza, así como del hecho de que solo podrá cobrar primas contra recibos oficiales expedidos por las afianzadoras.

Como novedad interesante se establece el hecho de que los agentes de fianzas deberán contratar un seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones, a fin de garantizar el cumplimiento de las responsabilidades en que puedan incurrir frente al público usuario, en razón de las actividades de intermediación que realicen.

Asimismo, las instituciones, los agentes o apoderados podrán convenir las garantías que determinen para el cumplimiento de obligaciones que contraigan entre sí.

Los agentes solo podrán cobrar primas contra la entrega del recibo oficial expedido por las instituciones. Las primas así cobradas se entenderán recibidas directamente por las instituciones.

Los agentes solo podrán cobrar comisiones a las instituciones sobre las primas que efectivamente hayan ingresado a las instituciones.

Las sanciones administrativas señaladas por dicho reglamento son de aplicación sucesiva, ya que se impondrán en forma independiente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, considerando la importancia de la infracción y las condiciones del infractor.

Dichas sanciones van de la simple amonestación a la revocación de la autorización para actuar como agente de fianzas, en los casos previstos por dicho reglamento.

CAPÍTULO 2. EL CONTRATO DE FIANZA.

2.1. Elementos de Existencia.

Los elementos de existencia de todo contrato se encuentran enunciados en el artículo 1794 del Código Civil Federal, a saber el consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato.

En cuanto a la contratación mercantil es también aplicable dicho precepto legal, siendo este aplicable por disposición del artículo 2o. del Código de Comercio, precepto que remite a las disposiciones del Derecho Común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal, toda vez que el mencionado Código de Comercio es omiso en lo referente a los elementos de existencia y validez en la contratación mercantil.

El reflejo práctico de dichos elementos en los contratos se manifiesta a través de las cláusulas esenciales, es decir, aquellas cláusulas irrenunciables, cuya falta provoca la imposibilidad jurídica del nacimiento del contrato.³⁵

2.1.1 Consentimiento.

Por lo que respecta a la contratación de la fianza es necesaria la ocurrencia de las voluntades del acreedor y del fiador, sin que sea indispensable la manifestación de voluntad del deudor principal para el nacimiento del contrato.

Así lo ha reconocido la doctrina al establecer que en la fianza el consentimiento se forma por el "concurso de voluntades del acreedor y del fiador manifestado en forma exterior".³⁶

De igual forma, se dice que esta voluntad debe manifestarse en el sentido de que es el fiador quien se obliga a pagar por el deudor, siempre que el consentimiento sea expreso.³⁷

En el mencionado acuerdo de voluntades debe existir coincidencia en la prestación que debe cubrir en su caso el fiador, en razón de que en ocasiones no será posible para éste prestar en los mismos términos la obligación contraída con el deudor, por lo que dicha

³⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. 10a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 2000. pp. 267-268.

³⁶ CHIRINO CASTILLO, Joel. Op. Cit. p. 184

³⁷ OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1987. p. 166.

ocurrencia de voluntades se debe expresar la prestación a cargo del fiador, no aceptando así el consentimiento tácito.³⁸

En el contrato de Fianza no interviene, para su existencia, la voluntad del deudor, pues puede celebrarse el contrato aún en contra de su voluntad.³⁹

Para el Licenciado Rafael Rojina Villegas, por lo que respecta a la Fianza otorgada por una institución afianzadora, en forma de póliza (Fianza de Empresa), dicho acto reviste el carácter de unilateral, en virtud de que no se requiere el concurso de voluntades de fiador y acreedor, ya que a éste no se le exige su intervención en la misma, además de que no se le da la posibilidad de intervenir, por lo que le atribuye a las Fianzas de Empresa el carácter de unilaterales.⁴⁰

Esta posición, es contradicha implícitamente por la doctrina mercantil, ya que esta trata a la Fianza de Empresa como un contrato, asimismo, hacen referencia al fiador y al acreedor, quienes, entre otros personajes, intervienen para dar vida jurídica a la Fianza de Empresa y de los que deriva el acuerdo de voluntades necesario para el contrato.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que se trata efectivamente de un acuerdo de voluntades, si tomamos en cuenta que en la práctica la Fianza de Empresa es solicitada por el acreedor o por el deudor a la institución afianzadora, estableciendo esta última una serie de requisitos para el otorgamiento de la garantía, la cual sólo se da ante el cumplimiento de los mismos. En caso contrario, de no cubrirse dichos requisitos la institución afianzadora no otorga la garantía, aún de que exista la voluntad del solicitante de la misma para contratarla, haciendo necesaria la concurrencia de voluntades entre el solicitante de la fianza, que como ya dijimos puede ser el acreedor o el deudor, y la afianzadora, alcanzando así dicho concurso de voluntades, por lo que puede concluirse que siempre debe existir previamente una solicitud del deudor, del acreedor o de ambos.

Aún de que se aduzca que los contratos de Fianza de Empresa son contratos de adhesión, puede afirmarse válidamente que se trata de verdaderos contratos, ya que el acto de adherirse a los mismos por parte del solicitante de la Fianza, implica el otorgamiento de su consentimiento, en el sentido de asumir los derechos y obligaciones que se consignan en los mismos.

³⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 7a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998. p. 385

³⁹ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. 6a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p. 333

⁴⁰ Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto. Contratos. Volumen II. 6ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1997. p. 287. comparte esta opinión SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 17a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p. 460.

2.1.2 Objeto.

En el Contrato de Fianza regulado por el derecho común el objeto es la garantía de pago que hace el fiador en caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

Es la conducta del Fiador, expresada como una prestación, de hacer o de dar.

El objeto indirecto es el contenido de ese hacer o de ese dar, sea una suma de dinero o cualquier bien susceptible de ser enajenado. Pudiendo ser la cosa que debe dar el fiador, una suma de dinero o un hecho que debe prestar el fiador.⁴¹

El objeto indirecto está constituido por la prestación que debe realizar el fiador, una vez verificado el cumplimiento del deudor, la cual puede ser una cosa, un hecho, sean estos iguales o distintos de los debidos por el deudor.⁴²

El Licenciado Bernardo Pérez Fernández Del Castillo, establece un objeto más, el material, y dice que este es la cantidad que el fiador se obliga a dar al acreedor en caso de que el deudor no pague.⁴³

La obligación del fiador reviste la obligación de dar, la obligación de hacer se da en el caso de que el hecho pueda ejecutarse por un tercero, quien realizará dicho hecho en lugar del deudor.⁴⁴

En la Fianza de Empresa el objeto del contrato reviste los mismos lineamientos señalados para la Fianza Civil, sin embargo existe diferencia en el objeto indirecto de la misma, ya que en aquélla el objeto indirecto siempre consistirá una obligación de dar, en específico una suma de dinero, en el momento en el que el deudor incumple con su obligación y previo requerimiento del acreedor a la afianzadora.

2.2 Elementos de Validez.

Los elementos de validez en el derecho común, se encuentran señalados en el artículo 1795 del Código Civil Federal, interpretado *a contrario sensu*, de tal suerte que los contratos son válidos cuando existe capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, objeto, motivo o fin lícito y cuando el consentimiento se manifiesta en la forma exigida por la ley.

Como se puso de manifiesto al hablar de los elementos de existencia en la contratación mercantil, el Código de Comercio es omiso en este aspecto, por lo que se aplican los lineamientos establecidos por el derecho común, razón por la que por

⁴¹ ZAMORA Y VALENCIA. Op. Cit. p. 386.

⁴² OLVERA DE LUNA, Omar. Op. Cit. p. 166

⁴³ Op. Cit. p. 333

⁴⁴ ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 288

disposición del artículo 2º. de dicho ordenamiento nos remitimos a las disposiciones del Código Civil aplicable en materia federal,

2.2.1 Capacidad.

La capacidad exigida en el contrato de Fianza Civil para el acreedor es la general, el fiador requiere de la capacidad de ejercicio así como la facultad de disposición de los bienes que van a garantizar el cumplimiento de la obligación, en el caso de las fianzas legales o judiciales.⁴⁵

El fiador debe tener solvencia económica para, en su caso, poder hacer frente a su obligación fiadora.

Las incapacidades para celebrar el contrato de Fianza civil se dan en los siguientes casos:

- a) Los que ejercen la patria potestad no pueden dar fianza en representación de los hijos;
- b) Los tutores no pueden dar Fianza a nombre del tutelado;
- c) Los representantes de los ausentes no pueden dar fianza en nombre de los ausentes y,
- d) Los síndicos y albaceas no pueden otorgar fianza a nombre de sus representados, en razón de que se aplica el principio de analogía, pues en donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.⁴⁶

En el caso de la Fianza de Empresa, la capacidad para contratar por parte del fiador, deriva de la autorización otorgada discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a una sociedad anónima de capital variable o fijo, para operar como institución afianzadora y mediante la constitución de reservas, que garanticen la liquidez de dicha afianzadora en caso de una reclamación por incumplimiento. Autorización por virtud de la cual puede celebrar Contratos de Fianza.

2.2.2 Ausencia de Vicios del Consentimiento.

Por lo que respecta a la ausencia de vicios del consentimiento (error, dolo violencia, lesión) en la contratación de la Fianza Civil, estos no encuentran aplicación especial, por lo que al existir alguno de estos, pueden atacarse a través de la acción o excepción de nulidad relativa.

⁴⁵ CHIRINO CASTILLO. Op. Cit. p. 184.

⁴⁶ En este sentido se pronuncian OLVERA DE LUNA. Op. Cit. p. 167 y ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 294.

Por lo que respecta a la contratación de la Fianza de Empresa, al ser esta un acto mercantil, como lo establece el artículo 1o. y 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y al hacer dicha ley remisión a las disposiciones de la legislación mercantil, en lo no previsto por aquélla, es importante destacar la disposición del artículo 78 del Código de Comercio, por virtud de la cual: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.", por lo que puede concluirse que en la Fianza de Empresa, no podrá alegarse la ausencia de vicios del consentimiento, como causa de nulidad de la mencionada contratación.

Al ser la fianza un contrato de carácter accesorio, para su validez se requiere que la obligación garantizada sea válida, de lo contrario (de ser la obligación principal afectada por una de las causas de nulidad), al anularse dicha obligación, la Fianza correrá su misma suerte, por virtud del principio que dice que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

De esta forma, se ha establecido que si la obligación principal esta afectada de nulidad o ineficacia, la Fianza reportará la misma ineficacia o nulidad. Pero cuando la obligación principal pueda anularse en razón de una reclamación puramente personal del obligado, ésta quedará sujeta a la condición de que la obligación principal no se anule.⁴⁷

2.2.3 Ilícitud en el objeto, motivo o fin.

Como lo dispone el artículo 1830 del Código Civil Federal, "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Así, la contratación de la Fianza no debe ser contraria a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Tampoco la voluntad de los que la contratan debe ser contraria a dichas leyes ni a las buenas costumbres, como lo dispone el artículo 1831 del Código Civil Federal.

Dado el carácter accesorio de la Fianza, al revestir la obligación principal la ilicitud en su objeto, motivo o fin, la Fianza estará afectada por dicha ilicitud, de tal suerte que la nulidad que afecte a la obligación principal afectará, en consecuencia a la Fianza. Aquí cabe la posibilidad de que la obligación principal sea lícita, más no así la Fianza, la cual como obligación que es puede ser ilícita en su objeto, motivo o fin. En este caso la excepción relativa sólo podrá oponerse por el fiador.⁴⁸

Estas disposiciones son exactamente aplicables a la contratación de la Fianza de Empresa, en la que dichas reglas se aplican como consecuencia de la omisión que hace el Código de Comercio de dichos elementos al referirse a la contratación mercantil. Por lo que la contratación de ésta debe observar dichos preceptos.

⁴⁷ CHIRINO CASTILLO. Op. Cit.. p. 184.

⁴⁸ OLVERA DE LUNA. Op. Cit. pp. 167-168.

2.2.4 Consentimiento otorgado en la forma prevista por la ley.

En el Contrato de Fianza regulado por la legislación común no requiere de ninguna formalidad para que tenga validez, por lo que reviste el carácter de consensual, tanto para su existencia como para su validez.⁴⁹

Este aspecto reviste una gran importancia para la Fianza de Empresa, ya que a diferencia de la legislación común, en ésta se requiere formalidad, de la cual es menester señalar algunos aspectos:

La Fianza de Empresa debe constar en un documento, denominado Póliza, en el que se deben consignar los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora y del beneficiario, como se desprende de la disposición del artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pólizas que deberán ser numeradas. Las pólizas, en su caso, deben ir acompañadas de los documentos adicionales a las mismas. Lo cual da el carácter de formal a la Fianza de Empresa.⁵⁰

Para que el beneficiario pueda acreditar la relación contractual de la Fianza de Empresa, los elementos de prueba se reducen a la forma escrita, regla que se desprende del artículo 117, segundo párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Esto quiere decir que en la Fianza de Empresa la forma escrita, la póliza, constituye un elemento *ad solemnitatem*, así como *ad probationem*.

En efecto, la póliza reviste esa dualidad, en tanto que es necesaria para el nacimiento jurídico de la Fianza de Empresa, como para la acreditación de dicha relación, constituyendo el medio de prueba que no puede ser sustituido por otro de los que permite el ordenamiento procesal, dada la limitación que establece el artículo 117, segundo párrafo de la ley mencionada, lo que no ocurre en la Fianza Civil, la cual, dado su carácter consensual, si permite la posibilidad de acreditar la relación contractual con cualquier medio de prueba permitido por la propia ley.

Este documento debe contener las indicaciones que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como las que indique la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Deben presentarse ante ésta, para efectos de registro y vigilancia. De igual forma las instituciones afianzadoras deben presentar la documentación que utilicen para la oferta, solicitud o contratación de fianzas o la derivada de ésta, así como los de reafianzamiento, cuando menos treinta días hábiles anteriores a la utilización o puesta en operación.

⁴⁹ CHIRINO CASTILLO. Op. Cit. p. 185

⁵⁰ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. 8a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1998. p. 371. Consideran la forma escrita como elemento formal en una publicación reciente CARVALLO YAÑEZ, Erick y Enrique LARA TREVÍÑO. Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 2000. p. 410.

Asimismo, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, puede ordenar las modificaciones o correcciones que estime pertinentes. Las instituciones afianzadoras tienen la obligación de incluir las cláusulas que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tal como lo establece el artículo 85 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De igual forma la doctrina extranjera se pronuncia por el carácter formal del afianzamiento mercantil, al decir que se requiere la forma escrita para éste.⁵¹

Por último, cabe decir que la Fianza, para ser válida en el supuesto de garantizarse deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, artículo 2798 del Código Civil Federal. Tampoco puede exceder ni en valor ni en cuantía de la obligación principal, y en caso de ser así, la fianza se reducirá a los límites de la deuda. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto, artículo 2799 del Código Civil Federal.

2.3 Clases de Fianza.

Existen diversas clasificaciones del Contrato de Fianza en la doctrina jurídica. Muchas parten de la propia clasificación que hace el Código Civil Federal en su artículo 2795, el cual las clasifica en legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso, al que agregan a la Fianza Mercantil.⁵²

Otra parte de la doctrina hace una división bipartita de la fianza, atendiendo a la naturaleza de la obligación afianzada, de tal suerte que solo se hablaría de Fianza Civil o Mercantil.⁵³

Un criterio más amplio, que atiende a los sujetos, así como a las conexiones que se dan entre la fianza otorgada en forma excepcional por comerciantes y por las instituciones de fianzas, clasifican a la Fianza en Civil, Mercantil y De Empresa.⁵⁴

⁵¹ GARRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 9a. Edición. 2a. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998. p. 155. Así lo expresa al referirse al Contrato de Fianza Mercantil.

⁵² Entre otros CHIRINO CASTILLO. Op. Cit. pp. 183-184. ZAMORA Y VALENCIA. Op. Cit. pp. 384-384, PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. Op. Cit. pp. 332-333, del cual no aceptamos la Fianza Fiscal, pues esta no es otra que la fianza otorgada por una institución afianzadora, de donde deriva su naturaleza, no del fundamento legal que posibilita el otorgamiento de la misma.

⁵³ DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. Reimpresión de la 6a. Edición. Editorial Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. México. 1997. pp. 209-210. En este sentido también se manifiesta SANCHEZ MEDAL. Op. Cit. p. 460 atribuyendo la mercantilidad a la fianza, cuando la obligación principal es mercantil, así como cuando la fianza es otorgada por una institución afianzadora.

⁵⁴ CERVANTES ALTAMIRANO. Op. Cit. pp. 150-154.

2.3.1 Civil.

La Fianza es civil, cuando el otorgante de la misma es una persona física no comerciante y que cumple con las condiciones establecidas por el artículo 2811 del Código Civil Federal, es decir, que no se extiendan en forma de póliza, no se anuncien públicamente y no se empleen agentes en su contratación. Se otorgan en forma excepcional y gratuita. Obedecen a lazos de afecto que se tienen con el otorgante. Tiene por objeto garantizar obligaciones que no revisten la naturaleza de mercantiles.

2.3.2 Mercantil.

La Fianza es Mercantil, cuando la otorgan comerciantes, a efecto de garantizar obligaciones mercantiles. Se dan en forma excepcional y gratuita, las razones de su otorgamiento se deben a operaciones comerciales. De igual forma no deben ser otorgadas en forma de póliza, no se deben anunciar públicamente y no se deben emplear agentes en su contratación.

La Fianza Mercantil se presenta:

a) Cuando tiene por objeto garantizar obligaciones mercantiles. (aplicación del criterio analógico seguido por el artículo 75, fracción XXIV del Código de Comercio),

b) Cuando el fiador es comerciante y no se pudiera probar que la Fianza otorgada no tiene conexión con su comercio (aplicación de la fracción XX del artículo 75 del Código de Comercio),

c) Cuando no sólo el fiador, sino también la persona que con él contrata sean comerciantes y el acto no sea de naturaleza esencialmente civil. (aplicación de la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio).⁵⁵

2.3.3 De Empresa.

Es la garantía otorgada por una institución afianzadora, es decir, una sociedad anónima de capital fijo o variable, autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar fianzas a título oneroso, en forma reiterativa, a través de documentos denominados pólizas y empleando agentes para la contratación de las mismas.

⁵⁵ Ídem

2.3.3.1 Elementos Personales.

En la contratación de la Fianza de Empresa encontramos los siguientes elementos personales:

- a) Institución Afianzadora o fiador,
- b) Solicitante de la fianza,
- c) Fiado o deudor,
- d) Beneficiario o acreedor,
- e) Obligado Solidario,
- f) Por último, interviene en la contratación de la Fianza el Agente de Fianzas.

Analizaremos a cada uno de estos sujetos.

2.3.3.1.1 Institución Afianzadora o Fiador.

Es la sociedad anónima de capital fijo o variable, autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, inspeccionada y vigilada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que asume la obligación de cumplir una determinada prestación en caso de que el fiado incumpla con la obligación principal a su cargo, mediante una contraprestación denominada prima.

La forma social que debe revestir la institución afianzadora se encuentra establecida por el artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Este papel sólo puede ser desempeñado por una institución anónima mexicana autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.⁵⁶

También ha sido definida como una sociedad mercantil, legalmente autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto es comprometerse a título oneroso, mediante la expedición de una póliza, a cumplir obligaciones de contenido económico contraídas por personas físicas o morales, ante otras personas físicas o morales, privadas o públicas.⁵⁷

⁵⁶ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p. 212.

⁵⁷ MOLINA BELLO. Op. Cit. pp. 19-20.

Es la Institución de Fianzas concesionada por el gobierno Federal para expedir Fianzas a título oneroso.⁵⁸

Se trata de sociedades anónimas de capital fijo o variable autorizadas discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, a través de un contrato, que se denomina de fianza, por el que garantizan por un tercero el cumplimiento de una obligación, en caso de que éste no la realice. Dichas instituciones por su servicio cobran una prima.⁵⁹

Es la persona que asume frente al acreedor la responsabilidad del cumplimiento de la obligación.⁶⁰

Se considera a la institución afianzadora como uno de los elementos específicos de la Fianza de Empresa, junto con la prestación del fiador y la prestación del estipulante de la fianza. En tal virtud, la empresa autorizada estatalmente, es la organización económica que otorga la garantía como actividad sistemática legalmente exclusiva.⁶¹

El requisito *sine qua non* que debe revestir la afianzadora para su operación es la autorización que le otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar fianzas a título oneroso en forma habitual. Requisito previsto por el artículo 5o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La autorización permite a la institución afianzadora dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas. En razón de dicha autorización, la afianzadora podrá utilizar las denominaciones Fianza, Afianzador, Afianzamiento, Caución u otras que expresen ideas semejantes en español o en cualquier otro idioma, facultad que deriva del artículo 10 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.⁶²

Las afianzadoras estarán sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en términos de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Las instituciones de Fianzas se consideran de acreditada solvencia. En los casos diversos al otorgamiento de fianzas, mientras dichas instituciones no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra (ahora Concurso Mercantil, en razón de la mala terminología empleada por el legislador en la Ley de Concursos Mercantiles promulgada el 12 de mayo de 2000), se considerarán también de acreditada solvencia, como lo establece el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que las autoridades, federales y locales, están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia que la ley

⁵⁸ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

⁵⁹ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 645.

⁶⁰ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 409.

⁶¹ RUIZ RUEDA, Luís. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. Crítica y Anteproyecto. 1ª. Edición hecha por el autor. México. 1960. pp. 100-101.

⁶² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. 24ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. p. 246.

atribuye a dichas instituciones. Obligación que impone a las mencionadas autoridades el artículo 13 del cuerpo de leyes en trato.⁶³

Esta situación, deriva del cumplimiento de requisitos que la ley prevé como presupuestos básicos para el otorgamiento de la autorización por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En efecto, la autorización de referencia no podría darse sin que la institución afianzadora cumpla debidamente los requisitos de ley, los cuales son, a su vez, garantía para el órgano de control de las afianzadoras, por lo que el otorgamiento de dicha autorización se debe a que esta cuenta, entre otras cosas, con el capital necesario para hacer frente a sus compromisos, por lo que la institución afianzadora no requiere de una nueva calificación de su buen funcionamiento por parte de las autoridades ante las que se debe otorgar una fianza expedida por aquélla.

La principal obligación de la afianzadora consiste en el compromiso de pagar la obligación garantizada, una vez que ésta sea exigible y no haya sido satisfecha por el fiado, en el caso de que la obligación principal sea pura, pues de ser condicional se debe haber cumplido ya la condición, o si se trata de una obligación a plazo, es menester que haya llegado el término previsto. Dicha obligación comprende el pago íntegro de la deuda, así como el de sus accesorios legales.

La afianzadora tiene la obligación de comunicar la exigencia de pago al deudor, pues de no hacerlo, éste podrá oponerle todas las excepciones que podría haber opuesto al acreedor, al tiempo de hacer el pago, tal como lo establece el artículo 2832 del Código Civil Federal.

Para el Licenciado Arturo Díaz Bravo, la institución afianzadora tiene dos obligaciones, expedir la póliza, mediante el empleo de un texto y modelo, aprobado por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, con inclusión de las cláusulas que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atento lo dispuesto por los artículos 85 y 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La segunda obligación que el citado tratadista atribuye a la afianzadora lo es la de pagar la suma afianzada, la cual surge en el momento en que en que sea exigible la obligación principal.⁶⁴

El principal derecho que tiene la institución afianzadora frente al solicitante de la fianza es el de exigir que se le pague la prima convenida.

Asimismo, a la institución afianzadora le asiste el derecho de que se le restituya todo lo que pague por el fiado, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la

⁶³ VÁSQUEZ DEL MERCADO. Op. Cit. p. 364.

⁶⁴ Cfr. Op. Cit. pp. 213-214.

constitución de la fianza, a no ser que se hubiere otorgado contra su voluntad, caso en el cual sólo podrá cobrara lo que pagó en beneficio del deudor.

De esta forma, el fiador deberá ser indemnizado por el fiado de la deuda principal; de los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aún cuando éste no estuviera obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor; de los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago; así como de los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor. Derecho derivado del artículo 2829 del Código Civil Federal.

A la institución afianzadora le asiste el derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, pero no las personales del deudor, es decir, las relativas a su capacidad.

El Fiador puede oponer las excepciones de prescripción, o de toda otra causa de liberación, nulidad o rescisión de la obligación, aún de que el fiado hubiere renunciado voluntariamente a éstas, en términos del artículo 2813 del Código Civil Federal.

La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al deudor principal, en términos del artículo 2826 del Código Civil Federal.

En la Fianza de Empresa, basta el simple requerimiento de pago hecho a la afianzadora, para realizar el mismo, pues las empresas de fianzas carecen de los beneficios de orden y excusión, por disposición expresa del artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.⁶⁵

2.3.3.1.2 Solicitante de la Fianza.

Como su nombre lo indica, es el solicitante de la Fianza, quien tiene a su cargo el pago de la prima correspondiente. Se le denomina también tomador o contratante.

Por lo regular el solicitante es el fiado, por tanto es el obligado al cumplimiento de la obligación garantizada. Se considera al fiado como el solicitante de la Fianza (ante la afianzadora) o afianzado.⁶⁶

Puede serlo cualquier persona física o moral, así como el propio fiado.⁶⁷

También se ha establecido que es la persona física o moral que solicita el servicio de afianzamiento, que en la mayoría de los casos es el propio fiado. Se presenta comúnmente en las fianzas judiciales de tipo penal, en las que se garantiza la libertad bajo caución, pues

⁶⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 247.

⁶⁶ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 409.

⁶⁷ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p. 212

el fiado, al estar recluido en alguna cárcel está imposibilitado para solicitarla, caso en el que otra persona funge como solicitante de la Fianza.⁶⁸

La obligación principal del solicitante de la Fianza es la del pago de la prima, toda vez que al tratarse de un acto oneroso, ésta debe estar cubierta a fin de que la afianzadora asuma la obligación a su cargo.

Una vez pagada dicha prima la institución afianzadora debe entregar el contrato propuesta de fianza, la respectiva póliza firmada por un funcionario autorizado para ello, así como un recibo de pago de prima.⁶⁹

El pago de la prima constituye otro elemento específico de la Fianza de Empresa, pues el pago de aquélla constituye la prestación a cargo del solicitante, en razón de la necesidad de onerosidad que reviste el afianzamiento de empresa.⁷⁰

2.3.3.1.3 Fiado o deudor.

En la Fianza de Empresa el fiado es la persona física o moral constreñida al cumplimiento de la obligación garantizada.

El Fiador es el deudor principal y por quien se obliga la institución afianzadora.

Se ha definido también como la persona física o moral que contrae la obligación principal que garantiza la afianzadora; tiene una relación jurídica importante con el beneficiario de la fianza, a quien le garantiza por medio de ésta, que la obligación principal será cumplida.⁷¹

Es la persona física o moral a nombre de quien se emite la póliza, la cual debe cumplir con cualquier obligación válida y legal. Es el deudor principal en la relación jurídica de la que deriva la obligación principal.⁷²

El fiado tiene que cumplir con la obligación garantizada en forma fiel y exacta, de lo contrario, al hacer frente a la misma la institución afianzadora, éste deberá resarcirla de todo aquello que la misma pague, incluyendo los accesorios legales que su incumplimiento cause.⁷³

⁶⁸ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 20.

⁶⁹ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

⁷⁰ RUIZ RUEDA. Op. Cit. p. 101.

⁷¹ También se le denomina afianzado. CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 409.

⁷² MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 19.

⁷³ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

2.3.3.1.4 El Beneficiario o acreedor.

En la Fianza de Empresa, el beneficiario es la persona física o moral ante la cual se garantiza la obligación, la que, en caso de incumplimiento de la obligación del deudor o fiado, obtiene el cumplimiento de dicha obligación por parte de la institución afianzadora. Es el acreedor en la obligación principal.

Acreedor en el contrato de fianza puede serlo cualquiera que lo sea en la obligación principal.⁷⁴

Es la persona física o moral a quien se otorga la fianza, apunta Manuel Molina Bello, quien dice que las entidades de la administración pública federal son las principales consumidoras (beneficiarias) de las fianzas, en especial para garantizar la seriedad de ofertas o presupuestos en concursos o licitaciones en contratos o pedidos. Siempre será el acreedor en la relación contractual de la obligación principal.⁷⁵

Es el acreedor de la obligación que contrajo el fiado.⁷⁶

Para el órgano de inspección y vigilancia de la actividad afianzadora el beneficiario es el acreedor ante quien se garantiza la obligación del fiado.⁷⁷

El beneficiario debe tener especial cuidado de que las obligaciones principales a su cargo las cumpla fielmente, pues de lo contrario el pago de la fianza puede ser declarado improcedente.⁷⁸

Una vez que sea exigible la obligación principal, y antes de ocurrir el juicio respectivo, el beneficiario debe requerir el pago de la fianza a la institución afianzadora por escrito, tal como lo establece el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Para que el beneficiario pueda hacer valer su acción, tiene dos posibilidades, una, ejercer su acción directa y exclusivamente en contra de la institución de fianzas, la segunda, enderezar el juicio en contra de la misma y del obligado principal, facultad que deriva de los artículos 94 y 101 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.⁷⁹

⁷⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 246.

⁷⁵ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 19.

⁷⁶ CARVALLO YÁÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 409.

⁷⁷ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p.214.

2.3.3.1.5 Obligado Solidario.

En la Fianza de Empresa lo es aquella persona física o moral, ajena a la relación jurídica principal, que se obliga con su patrimonio a responder en la misma medida que el fiado ante la afianzadora.

Es la persona física o moral que se compromete con sus bienes en forma colateral a cumplir la obligación contraída por el fiado ante la afianzadora, en caso de que el fiado no cumpla. Se incorpora a la relación contractual de la fianza en aquellos casos en que el fiado no pueda respaldar por sí solo la obligación originada en la fianza.⁸⁰

Al obligado solidario se le conoce también como coobligado. Es la persona física o moral que contrae ante la afianzadora la obligación de restituirle las cantidades que esta tenga que pagar al beneficiario en caso de ser requerida para el pago de la fianza. La relación jurídica que se da con el obligado solidario se denomina contragarantía y se garantiza regularmente mediante hipoteca.⁸¹

El obligado solidario adquiere ese carácter mediante su consentimiento expreso, el cual otorga en la solicitud del contrato de fianza respectiva.

Es la persona física o moral que aparece en algunos casos complementando las garantías aportadas por el fiado. En el caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del fiado, el obligado solidario deberá resarcir a la afianzadora de todas aquellas cantidades que ésta pague a nombre del fiado.⁸²

2.3.3.1.6 Agente de Fianzas.

El agente de fianzas es la persona física o moral, autorizada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para intermediar en la contratación de las Fianzas de Empresa.

Se le conoce también como intermediario.

Es la persona física o moral que pone en contacto a dos extremos (cliente-fiado y afianzadora) de una relación jurídica comercial, a cambio de la cual, recibe de la afianzadora una comisión por la prestación de sus servicios.⁸³

⁸⁰ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 20.

⁸¹ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 409.

⁸² <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

⁸³ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 21.

La actividad de los agentes de fianzas se regula por el Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 2001.

El agente de fianzas puede ser una persona física vinculada a la institución afianzadora por virtud de una relación laboral, una persona física vinculada a la institución afianzadora por virtud de un contrato de comisión mercantil o bien una persona moral.

Para el desempeño de su actividad, el agente de fianzas debe contar con autorización, expedida por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, las cuales serán intransferibles. Dicha autorización se puede otorgar al agente para realizar actividades de intermediación en las operaciones, ramos y subramos que determine la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En el caso de personas morales, estas deben revestir la forma social de Sociedad Anónima en los términos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto lo no previsto por el reglamento, además, deberán emplear en su denominación la expresión "Agente de Fianzas" o "Agente de Seguros y de Fianzas" según corresponda.

La mencionada autorización se hará constar en la cédula u oficio respectivo, la cual contendrá el nombre o denominación del agente, misma que tendrá una vigencia de tres años, y que podrá refrendarse por períodos iguales, en el caso de agentes personas físicas. En el caso de personas morales la autorización será indefinida. Si se otorga una autorización por tiempo determinado, la misma se podrá refrendar por períodos iguales.

Los agentes personas físicas vinculados a las instituciones por una relación laboral, no podrán prestar sus servicios a otras instituciones. Desempejarán sus funciones en la forma, horario y lugar convenidos con la institución y estarán sujetos a las directrices, instrucciones o normas de la misma.

El agente persona física que opere en base a un contrato mercantil y el agente persona moral, podrán intermediar en la contratación de seguros o de fianzas para una o varias instituciones, excepto en el caso de los seguros de pensiones derivados de las leyes de seguridad social, siempre que hayan celebrado y estén en vigor los contratos de comisión mercantil correspondientes, en términos del artículo 19 del Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas.

La autorización para el agente de fianzas, puede revocarse por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, previa audiencia del agente, en su caso de la institución, o de las personas afectadas, cuando dicho agente realiza alguna de las conductas previstas por el artículo 31 del mencionado reglamento.

Dará motivo a la cancelación de la autorización respectiva por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la extinción de la misma por alguna de las causas que prevé el artículo 37 del cuerpo de leyes en trato.

2.3.3.2 La Póliza.

En la Fianza de Empresa la póliza es el documento en el cual se formaliza el contrato de fianza, en el que constan los derechos y obligaciones asumidos por las partes.

Se ha dicho con anterioridad que una de las obligaciones de la afianzadora es la expedición de la póliza. En razón de que ésta es la expresión documentada de la Fianza de Empresa.

La Fianza debe constar por escrito, según lo dispone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, siendo éste el elemento formal de la Fianza.⁸⁴

Al contratar la Fianza, la institución de fianzas debe expedir la póliza, con la cual solo podrá asumir obligaciones como fiadora.⁸⁵

La póliza es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la afianzadora y del beneficiario. "Es la manifestación escrita del contrato de fianza".⁸⁶

El artículo 117, primer párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que las instituciones de Fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Esto da carácter de formal al contrato.⁸⁷

Al revestir la Fianza de Empresa, el carácter de contrato formal es válido decir que en tanto no se expida la póliza no surge a la vida jurídica dicha fianza.

El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza expedida a su favor.

La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario. (Artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

⁸⁴ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO. Op. Cit. p. 410.

⁸⁵ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 155.

⁸⁶ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p. 221.

⁸⁷ VÁSQUEZ DEL MERCADO. Op. Cit. p. 371.

Respecto a este artículo el tratadista Arturo Díaz Bravo ha establecido que el texto del artículo transcrito permite al beneficiario reclamar el pago (de la fianza) sin necesidad de exhibir la póliza, a condición de que demuestre, documentalmente su expedición.⁸⁸

Dicha opinión no se comparte. El artículo citado establece la necesidad de acreditar el otorgamiento de la póliza por escrito, lo que va acorde con el comentario de referencia. Sin embargo, al establecer la ley que en caso de pérdida o extravío el beneficiario puede pedir "un duplicado de la póliza expedida a su favor", lo que hace es limitar la comprobación escrita del otorgamiento de la póliza, a la póliza misma, pues en otro sentido no tendría caso que la ley estableciera la facultad de pedir un duplicado de la misma, si se podría acreditar a través de cualquier forma documental su expedición.

Las instituciones afianzadoras formalizan el contrato de Fianza de Empresa a través de la expedición de la póliza, la cual debe ser aprobada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, incluyendo también las cláusulas que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas generales.⁸⁹

En la práctica las pólizas de Fianzas contienen:

- a) La denominación, domicilio y capital social de la institución afianzadora que la expide;
- b) Folio o número de póliza que le corresponde;
- c) Importe de la prima y de la obligación garantizada;
- d) El importe de los derechos pagados por la expedición de la póliza;
- e) Plazo de vigencia;
- f) Descripción sucinta de la obligación garantizada;
- g) Nombre del beneficiario o acreedor;
- h) Nombre del fiado;
- i) Fecha de expedición;
- j) Firma del representante de la institución; y

⁸⁸ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p. 214.

⁸⁹ Ídem. pp. 213-214.

k) Algunas estipulaciones previamente autorizadas que convengan libremente las partes.

En relación con el tema de la póliza es importante mencionar que, como se expondrá más adelante, en caso de que la afianzadora pague la obligación garantizada, a ésta le asiste el derecho de recuperar lo pagado; en tal virtud tiene, entre otras vías, para ese efecto, la establecida por el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual establece que: "El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios".

De esta forma la póliza o en el caso la copia simple de la póliza, forma parte del título ejecutivo que tiene la afianzadora para la recuperación de lo pagado, de aquí la importancia que la misma reviste para la afianzadora, pues le es necesaria para recuperar lo que en su caso haya pagado al beneficiario de la misma.

2.3.3.3 La Prima.

El artículo 1o., segundo párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su primera parte establece que dicha ley se aplicará a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso.

La onerosidad mencionada constituye la prestación a favor del afianzador y a cargo del solicitante de la fianza.

En consecuencia, al solicitante de la fianza le incumbe el cumplimiento de la prestación de la afianzadora, a efecto de que ésta pueda otorgar la garantía respectiva, lo cual cumple con el pago de una cantidad de dinero, a la que se le llama Prima.

De esta forma, en la Fianza de Empresa la prima es la prestación a cargo del solicitante de la fianza. Es el precio de la fianza, por virtud del cual la institución afianzadora asume el compromiso de pagar al beneficiario en caso de que se incumpla la obligación principal.

La onerosidad de la Fianza de Empresa (el pago de la prima a favor de la afianzadora) es una de las notas que distinguen a esta clase de fianza de la civil, ya que ésta por regla general es gratuita y excepcional.

El que contrata con la institución fiadora debe cubrir la cantidad que por concepto de prima le fije ésta.⁹⁰

⁹⁰ Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO. Op. Cit. p. 370.

La prima es uno de los elementos específicos de la Fianza de Empresa, siendo ésta la prestación del estipulante.⁹¹

En la práctica las primas deben ser pagadas en una exhibición y el monto de las mismas dependerá de la obligación que asuma la institución afianzadora.

2.3.3.4 Ramos.

Para efectos de nuestro estudio, y adaptando a la materia el concepto que de ramos nos da el Licenciado José de Jesús Martínez Gil, en la Fianza de Empresa se entiende por ramos aquéllas modalidades que puede revestir el afianzamiento.⁹²

Los diferentes ramos que puede revestir el afianzamiento de empresa están contemplados en el artículo 5o. de la ley de la materia a saber:

I. Fianzas de Fidelidad,

II. Fianzas Judiciales,

III. Fianzas Administrativas,

IV. Fianzas de Crédito y,

V. Fideicomisos de Garantía.

Haremos una mención general de cada uno de ellos.

2.3.3.4.1 Fianzas de Fidelidad.

Dentro de este ramo se practican aquéllas fianzas que tengan por objeto garantizar ante el patrón el menoscabo patrimonial que pueda tener derivado de la comisión de un delito por parte de sus empleados.

Son aquéllas que garantizan el fiel desempeño y honestidad de empleados al servicio de un patrón.⁹³

⁹¹ Cfr. RUÍZ RUEDA. Op. Cit. pp. 100-101.

⁹² MARTÍNEZ GIL, José de Jesús. Manual Teórico Práctico de Seguros. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998. p. 245.

⁹³ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

Son aquéllas que garantizan el pago de la responsabilidad civil de origen delictuoso, en que puede incurrir un empleado por la comisión de un delito en contra de su patrón.⁹⁴

También se ha definido como el instrumento de protección patrimonial que garantiza, ante un patrón la reparación o el pago por parte de la afianzadora, de los daños sufridos en cualquiera de sus bienes de los cuales sea responsable jurídicamente, por hechos que provengan de conductas delictuosas de uno o varios de sus empleados.⁹⁵

En este ramo de fianza los sujetos que intervienen son:

El patrón, como beneficiario de la fianza,

El empleado, como fiado. Pueden ser parte del personal administrativo, obreros (quienes desempeñan labores de tipo manual) y los vendedores de productos o servicios, y

La Afianzadora.

Por la naturaleza patrimonial de la fianza de fidelidad, los delitos que comprende son, precisamente, delitos patrimoniales tales como el robo, fraude, abuso de confianza y peculado, en el caso de los servidores públicos.

Los beneficios que ofrece dicho ramo, a decir del Doctor De la Fuente, son:

Restituir al beneficiario (Empresa-patrón) de los daños que haya causado el empleado fiado con motivo de algún desfalco, hasta por el monto de la fianza; encaminar al empleado hacia una buena conducta, con lo que se reducen los actos delictuosos, salvaguardando así el patrimonio empresarial y la ventaja de carácter fiscal que representa la deducibilidad fiscal del costo de la fianza.⁹⁶

2.3.3.4.2 Fianzas Judiciales.

En este ramo se encuentran aquéllas fianzas que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de un acto dentro de naturaleza procesal o los posibles daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento de una resolución judicial.

El objetivo de las fianzas judiciales es garantizar diversas obligaciones o actos de un procedimiento judicial o derivado de resoluciones judiciales, las cuales pueden ser de daños, perjuicios, demandas laborales y pensión alimenticia.⁹⁷

⁹⁴ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Op. Cit. p. 647.

⁹⁵ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 34.

⁹⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 6

⁹⁷ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 647.

Son aquéllas que exige un juez, u otro tipo de autoridad judicial por mandato de ley, a una de las partes litigantes en un procedimiento judicial.⁹⁸

La autoridad encargada de la inspección y vigilancia de la actividad afianzadora las define diciendo que son aquéllas que garantizan el cumplimiento de una resolución emitida por una autoridad judicial, por ejemplo, la libertad condicional de un procesado o el resarcimiento de un daño con motivo de una sentencia.⁹⁹

Este ramo de fianzas se aplica tanto a la materia procesal civil, mercantil, familiar, de arrendamiento inmobiliario, de lo concursal, penal y de amparo.

2.3.3.4.3 Fianzas Administrativas.

Dentro de este ramo se encuentran las fianzas que tengan por objeto garantizar las obligaciones pecuniarias contraídas entre un particular y una entidad de la Administración Pública.

Estas fianzas son exigidas al particular. Se les denomina también Generales.

Son aquéllas que garantizan el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato.

También se ha definido como aquélla que garantiza cualquier obligación válida, legal y de contenido económico, la cual es celebrada entre un particular (fiado) persona física o moral, y una entidad de la Administración Pública Federal (Beneficiario).¹⁰⁰

Este ramo de fianza es comúnmente utilizado por contratistas de obra, proveedores, arrendadores, contribuyentes, permisionarios, aerolíneas, etc.¹⁰¹

Las fianzas generales o administrativas son aquéllas que se derivan de la celebración de un contrato, pedido u orden, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación garantizada.

Dentro de este ramo podemos encontrar las fianzas de:

⁹⁸ MOLINA BELLO. Op. cit. p. 68.

⁹⁹ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

¹⁰⁰ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 91.

¹⁰¹ *Íbidem*.

Anticipo. Garantizan la perfecta aplicación del importe recibido para realizar operaciones de un contrato o pedido.

Cumplimiento. Garantiza el debido cumplimiento de las obligaciones contratadas de un contrato y/o pedido.

Buena Calidad. Tiene por objeto garantizar la ausencia de vicios ocultos, es decir, la óptima calidad de los productos.

Concursos y Licitación. Tiene por objeto garantizar la participación y cotización presentada.

Interés Fiscal. Aquéllas que agrupan las operaciones aduanales temporales, operaciones aduanales diversas, inconformidades fiscales, convenios de pago en parcialidades, compromiso, uso, devolución de divisas y cuotas obrero-patronales.¹⁰²

2.3.3.4.4 Fianzas de Crédito.

Se entiende por crédito, el acto jurídico por virtud del cual una persona, denominada acreditante, se obliga entregar a la otra, denominada acreditada, una determinada prestación pecuniaria, la cual será restituida por la acreditada a futuro.

Tomando como base el concepto anterior podemos decir que dentro del ramo de Fianzas de Crédito se encuentran aquéllas fianzas que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario.

Es aquélla que garantiza el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de determinada suma de dinero.¹⁰³

Estas Fianzas garantizan obligaciones de pago, tales como compraventa de bienes o servicios, distribución mercantil, arrendamiento financiero, factoraje, pago de créditos para la exportación y la importación de bienes y servicios, financiamientos garantizados con certificados de depósito y emisión de papel comercial.¹⁰⁴

Las Fianzas de Crédito son aquéllas que garantizan el pago de créditos otorgados con excepción del mutuo.¹⁰⁵

¹⁰² DE LA FUENTE RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 648.

¹⁰³ MOLINA BELLO. Op. Cit. p. 106.

¹⁰⁴ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 648.

¹⁰⁵ <http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.

Dada la naturaleza peligrosa de éstas fianzas, pues en toda su vida jurídica el crédito depende de las condiciones de los mercados financieros, les es aplicable la disposición del artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones generales señalará la garantía, responsabilidad de la institución de fianzas, primas, etc. a fin de controlar la contratación de las mismas.

2.3.3.4.5 Fideicomisos de Garantía.

El Fideicomiso es un contrato por virtud del cual una persona, denominada fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de éste a una persona, denominada fiduciario, como lo dispone el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En razón de la disposición del artículo 350 del cuerpo de leyes en trato, el fiduciario solo puede ser una institución expresamente autorizada para ello por la Ley de Instituciones de Crédito, la que establece tal facultad a las instituciones de banca múltiple en su artículo 46, fracción XV.

En consecuencia la fiduciaria forzosamente será una institución de banca múltiple.

Sin embargo, por disposición del artículo 16, fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las afianzadoras podrán ser fiduciarias, sólo en el caso de fideicomisos de garantía.

Dentro de este ramo se comprenden aquéllas fianzas que garantizan el cumplimiento de obligaciones contraídas entre un deudor fideicomitente y un fiduciario. El primero transmite al segundo la titularidad del objeto del fideicomiso para garantizar los compromisos que ha aceptado a favor de un tercero, el acreedor fideicomisario.¹⁰⁶

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 5o., fracción V, considera a dicho fideicomiso como un ramo de fianza, sin embargo, en estricto rigor se trata de una operación de crédito, regulada por una ley especial.

Las instituciones de fianzas podrán ser fiduciarias, pero sólo tendrán, respecto de los bienes afectos al fideicomiso, facultades de administración de los mismos.

El fin de la afectación de los bienes, con la consecuente transmisión de propiedad de los mismos de éstos al fideicomiso, será la de servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas en el caso de fianzas otorgadas por la institución fiadora fiduciaria.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

En este caso, las partes deberán señalar un fiduciario sustituto, para el caso de surgir un conflicto derivado de dicho fideicomiso.

Las reglas a las que se debe sujetar dicho fideicomiso están contempladas en el artículo 16, fracción XV, incisos a) al g) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a saber:

Las instituciones de fianzas, en las operaciones de fideicomisos de garantías deben apegarse a las sanas prácticas de las instituciones fiduciarias. Recordemos aquí que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 356, parte final establece que la institución fiduciaria "deberá obrar siempre como buen padre de familia", es decir, con toda honestidad y rectitud, de la misma forma en que la ley considera que el padre de familia actúa para la conservación de su patrimonio.

Las características y limitaciones a que deberán sujetarse los fideicomisos en garantía serán determinadas, en caso de ser necesario, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas de carácter general, oyendo al efecto a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y al Banco de México. Lo anterior con el objeto de dar seguridad a dichas operaciones, así como para brindar la adecuada atención que la operación requiere. Las instituciones de Fianzas podrán recibir en fideicomiso efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, o bien adquirirlos con los recursos fideicomitidos, además de registrar en la contabilidad de la institución de fianzas, los bienes afectos al fideicomiso, sus aumentos o disminuciones, deberán tener una contabilidad especial por cada contrato de fideicomiso de garantía. Los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de las afianzadoras deberán coincidir con las referidas contabilidades especiales. Los objetos fideicomitidos sólo estarán afectos a la responsabilidad derivada del fideicomiso. La institución de fianzas llevará a cabo el fideicomiso por medio de delegados fiduciarios. La falta de cumplimiento de las condiciones y términos del fideicomiso serán causa de responsabilidad civil por daños y perjuicios de la afianzadora. Se podrá designar en el acto constitutivo de fideicomiso o en sus reformas, un Comité Técnico.

En el caso de que la institución de fianzas actúe como lo indica el mencionado comité, será liberada de toda responsabilidad. En el caso de que la institución de fianzas sea requerida para rendir cuentas, y ésta no lo hace dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes o cuando sea declarada culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos o responsable de estas por negligencia grave, por sentencia ejecutoriada, procederá su remoción. La acción para pedir cuentas, exigir la responsabilidad de la fiduciaria y pedir su remoción podrán ser ejercitadas por el fideicomisario, representantes de éste o al Ministerio Público, salvo el caso de que se reserve esta potestad al fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo. Si hay renuncia o remoción del fiduciario se estará a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual establece la facultad de nombrarse a una institución fiduciaria substituta, y que en el caso de no ser posible la substitución, cesará el fideicomiso. Los recursos fideicomitidos no podrán computarse como parte de las reservas técnicas que las afianzadoras tengan que constituir por disposición de la ley, ni podrán formar parte de los cómputos relativos al requerimiento mínimo de capital base de operaciones. La Secretaría de Hacienda y Crédito

Público, escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, determinará mediante reglas de carácter general el monto máximo de recursos que las afianzadoras podrán recibir en fideicomiso tomando en cuenta las características particulares de cada afianzadora.

Por último, se prevé que en lo no previsto en las reglas anteriores les serán aplicables a las instituciones de fianzas, por lo que respecta a dichos fideicomisos, lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.3.3.5 Notas Distintivas.

De lo expuesto en líneas anteriores se deducen las notas que distinguen a la Fianza de Empresa de otros tipos de afianzamiento.

Partiremos de la disposición del artículo 2811 del Código Civil Federal, el cual establece que quedan sujetas a las disposiciones del Título Decimotercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto de dicho Código, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan.

La Fianza de Empresa es otorgada por compañías afianzadoras, el afianzamiento constituye su fin específico, su actividad ordinaria, del tal suerte que en la Fianza de Empresa el fiador siempre será una institución de fianzas.

Este simple hecho excluye, en principio, la aplicación de las disposiciones de la legislación común a las fianzas otorgadas por empresa.

La capacidad que requiere dicho fiador para realizar afianzamientos, deriva de la autorización que a las afianzadoras les otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, autorización exigida por el artículo 5o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Los Contratos de Fianza de Empresa estarán sujetos a la supervisión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, órgano encargado de la inspección y vigilancia de las instituciones afianzadoras, en términos de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La Fianza de Empresa requiere la forma escrita, en razón de que sólo puede asumir sus obligaciones a través del documento expedido por la afianzadora, al que se le denomina Póliza, tal como se desprende de la disposición del artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, excluyendo de nueva cuenta, en principio, la aplicación de la legislación común a este tipo de afianzamiento.

Al ser el afianzamiento la actividad habitual de las instituciones de fianzas, éstas, a fin de captar el mayor número posible de contratos, utilizan distintos medios para ese fin, tales como la prensa, televisión, anuncios luminosos, etc. Con lo que nuevamente hay una exclusión primaria de la legislación común a la Fianza de Empresa.

En la contratación de la Fianza de Empresa se utilizan agentes de fianzas, quienes tiene como principal objetivo intermediar dicha contratación, que, por la ventaja pecuniaria que le reporta, repercute en la búsqueda de una cada vez mayor cantidad de afianzamientos. Excluyendo de nueva cuenta, en principio, las disposiciones de la legislación común.

Se aclara que la exclusión de la legislación común a la Fianza de Empresa no es total, pues por disposición del artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en lo no previsto por dicha ley, serán aplicables las disposiciones de la legislación mercantil, y a falta de disposición expresa de ella se aplicarán las disposiciones del Código Civil Federal.

Además de las anteriores consideraciones existen otras notas que la distinguen:

La Fianza de Empresa siempre será onerosa, pues se celebra por una institución de fianzas, la cual tiene como finalidad la especulación comercial, propia de los actos de comercio. "Se trata de Fianza onerosa practicada por empresa".¹⁰⁷

La forzosa onerosidad de las Fianzas de Empresa, tiene como consecuencia que a la misma se le apliquen las disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual en su artículo 1o., segundo párrafo establece que dicha ley "se aplicará a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a *título oneroso*,...".

Como consecuencia de la onerosidad de la Fianza de Empresa, dada la ventaja pecuniaria que representa el pago de la prima, el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y exclusión y (agrega) sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, lo que sí ocurre en la fianza civil, donde además el fiador tiene los mencionados beneficios, en caso de no haber sido renunciados por este.

El artículo 2849, *in fine* del Código Civil Federal establece que cuando en el juicio entablado por el acreedor, éste deja de promover sin justa causa, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación. Dicha inactividad procesal no tiene los mismos efectos en el juicio entablado en contra de una institución de fianzas, ya que en el supuesto de inactividad procesal del acreedor en el juicio respectivo, no se extinguirá la fianza, por disposición del artículo 118, *in fine* de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Las instituciones afianzadoras están obligadas a constituir reservas, a efecto de garantizar las obligaciones derivadas de las fianzas que otorguen.

Las afianzadoras para estar en posibilidad de otorgar las respectivas fianzas, están facultadas para obtener garantías de recuperación, con las cuales podrán obtener de los

¹⁰⁷ SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil. 13a. Reimpresión. Editorial Grupo Limusa Noriega Editores, S.A. de C.V. México. 1995. p. 361.

responsables del cumplimiento de la obligación principal, las cantidades que hayan erogado con motivo del incumplimiento en que hayan incurrido éstos.

Por ultimo cabe señalar que los contratos de Fianza de Empresa, al ser celebrados por instituciones de fianzas, consideradas éstas como instituciones financieras por el artículo 2o., fracción IV, de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; y al ser los contratos de Fianza de Empresa, contratos de adhesión, dichos contratos están sujetos a revisión por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, como parte de las facultades que ésta tiene para la protección de los intereses del público usuario, lo que naturalmente no ocurre en la Fianza Civil.

CAPÍTULO 3. EL PAGO EN EL DERECHO MERCANTIL.

Consideración Previa.

En el presente capítulo se tratará lo relativo al régimen legal del pago en el derecho mercantil, en forma general, haciendo referencias de dicho régimen solo en algunos actos mercantiles. De esta forma se hace el estudio de los temas referentes al pago en forma amplia, en atención a la naturaleza del presente trabajo.

Por otra parte, al tratar lo relativo a los elementos de existencia de la contratación mercantil en el capítulo anterior, se hizo referencia a la falta de disposiciones que regularan en forma expresa el régimen jurídico de los contratos de naturaleza mercantil, por lo que en atención a lo previsto por el artículo 2o. del Código de Comercio, se debía entender la aplicación a dichos contratos de las disposiciones del derecho común, situación que se robustece por lo dispuesto por el artículo 81 del mencionado cuerpo legal.

Esta situación sigue prevaleciendo en lo referente a los efectos de las obligaciones de carácter mercantil. Situación por la cual a éstas les son aplicables las disposiciones de la legislación común, de tal suerte que el estudio que iniciaremos se hará tomando como referencia dichas disposiciones, haciendo, desde luego, las consideraciones propias a la legislación mercantil.

No existe un sistema de derecho de las obligaciones mercantiles diverso al sistema de las obligaciones civiles. Existen solamente normas relativas a las obligaciones mercantiles, o normas relativas a algunas de ellas, las cuales modifican o completan las normas del derecho civil sobre obligaciones.

Tampoco existe un concepto de obligación mercantil distinto del concepto de obligación utilizado en el derecho civil, sin embargo, el Licenciado Oscar Vásquez del Mercado define la obligación mercantil diciendo que "constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil".¹⁰⁸

Dada la evolución que ha experimentado nuestro país, a raíz de los procesos de integración económica en la mayor parte de las naciones, y dada la celeridad con que se están llevando a cabo las contrataciones internacionales derivadas de dichos procesos, sería recomendable que el legislador comprendiera la necesidad de contar con un cuerpo normativo que reglamentara en forma específica las características y consecuencias de las obligaciones derivadas de dichos acuerdos comerciales internacionales, estructurando nuestro primer ordenamiento jurídico mercantil, el Código de Comercio, de tal forma que

¹⁰⁸ Op. Cit. p. 150.

contemple un régimen legal completo de las obligaciones mercantiles, tomando en cuenta las notas características que las mismas puedan tener.

Es conveniente recordar la disposición del artículo 78 del Código de Comercio, el cual establece:

"Artículo 78. En las convenciones mercantiles, cada uno de obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Esto quiere decir que en lo relativo al pago, las partes pueden estipular libremente el momento, lugar y forma de este, y solo en caso de ser omisos en estos aspectos se acudirán a las disposiciones específicas tanto del Código de Comercio como del Código Civil Federal.

El pago de las obligaciones mercantiles, no encuentra regulación genérica en el Código de Comercio, por lo que en general se regula por las disposiciones del Código Civil Federal, atendiendo a la remisión que hace el artículo 2o. del mencionado Código Mercantil, cuando no exista disposición aplicable al acto comercial en concreto.

En este orden de ideas, remitiéndonos a los conceptos del derecho civil señalaremos las características del pago en materia mercantil, en forma genérica, aspecto de importancia en el tema de nuestro estudio, en virtud de que la Fianza de Empresa, y en general el contrato de Fianza, se estipula para garantizar el pago o cumplimiento de prestaciones.

3.1 Concepto Jurídico de Pago.

Al referirnos al pago en el ámbito jurídico hablamos de la forma en la que efectivamente se cumplen las obligaciones, así, jurídicamente se verifica el pago cuando se ha cubierto en la forma debida la prestación a cargo del coestipulante.

Se dice que Pago jurídicamente es el cumplimiento de la prestación debida, en razón de que como bien lo afirma el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González, la forma común de la gente de referirse al cumplimiento de obligaciones pecuniarias es mediante la palabra pago, siendo que en el ámbito legal el pago se refiere tanto a obligaciones de dar, de hacer, así como de no hacer.¹⁰⁹

El artículo 2062 del Código Civil Federal establece que pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

¹⁰⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 12a. Edición. 2a. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999. pp. 837-838.

A esta disposición le aumentamos la mención relativa a las obligaciones de no hacer, en la cual el pago o cumplimiento se realiza cuando se abstiene la conducta que se debe omitir, tal como lo reporta la doctrina civilista de la materia.¹¹⁰

El vocablo Pago, deriva del verbo latino Pacare, que significa aplacar: el pago aplaca al acreedor al satisfacerle su interés.¹¹¹

El pago es un acto jurídico consensual consistente en el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que se ejecuta con la intención de extinguir una deuda preexistente.¹¹²

La palabra pago, en sentido jurídico se debe tomar como sinónimo de cumplimiento, por lo que la obligación se paga cumpliéndola. Así, si el objeto de la obligación es dar, se paga dando, si el objeto de la obligación es hacer, se paga haciendo, y si el objeto de la obligación es no hacer, se paga absteniéndose.

La principal consecuencia del pago de una obligación es la de liberar a aquél que lo hace de cualquier carga, pues cuando cumplimos en la forma convenida la prestación nos desligamos de cualquier carga derivada de esa relación jurídica. A su vez, al cumplir la prestación a nuestro cargo, estamos en posibilidad de pedir al coestipulante el cumplimiento de la obligación a su cargo, por medio de algunos de los medios que la ley establece para ese efecto

Como bien lo señala el Licenciado Oscar Vásquez del Mercado, la actividad mercantil tiene como característica la rapidez en la ejecución de las obligaciones, de tal suerte que el cumplimiento de la obligación (pago) tiene una importancia vital, sobre todo cuando éste se realiza en la forma y tiempo convenidos. En caso contrario, de no cumplirse la prestación en la forma debida, esto acarrea para el moroso cargas adicionales mayores a las que se registra en el incumplimiento de las obligaciones civiles, ya que al requerir rapidez la actividad comercial en el pago de obligaciones, el perjuicio o daño que un comerciante puede sufrir como consecuencia del incumplimiento resulta mayor que el que puede presentar el incumplimiento de una obligación civil, dada la onerosidad que por excelencia revisten los actos de comercio.¹¹³

¹¹⁰ Entre otros MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998 p. 182, y GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Op. Cit. p. 838.

¹¹¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 4a. Edición. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. México. 1997. p. 282

¹¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. III. Teoría General de las Obligaciones. 21a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998. p. 334.

¹¹³ Op. Cit. pp. 154-155.

El pago o cumplimiento tiene las siguientes consecuencias:

La ejecución de la prestación, lo cual constituye el verdadero fin que persiguen las partes y que una vez cumplida repercute en los contratantes.

Extinción de la obligación, ya que con el cumplimiento efectivo de la prestación las partes ven culminada la relación jurídica pactada.

Satisfacción del acreedor, en virtud de que al acto realizado por el deudor constituye la finalidad por la cual pactó con éste, de tal suerte que la actividad realizada por el deudor impacta favorablemente a dicho acreedor.

Liberación del deudor, en razón de que con la conducta que éste realiza lo desliga de la facultad del acreedor, la cual culmina con dicho cumplimiento.¹¹⁴

Puede darse el caso de que el cumplimiento o pago de la obligación sólo se verifique por una de las partes del acuerdo de voluntades, caso en el cual la otra tendrá medios legales para obtener la satisfacción de la prestación a cargo de la otra.

El régimen legal del Pago se encuentra regulado en el Código Civil Federal, de los artículos 2062 al 2096, que prevé los sujetos que pueden realizar el pago, por lo que se estudiarán dichos sujetos, y la aplicabilidad de dichas hipótesis a las obligaciones mercantiles.

3.1.1 Sujetos del Pago.

Dos son los sujetos en virtud de los cuales se verifica el pago a saber, solvens: quien hace el pago, y accipiens, el que recibe el pago.

Para que pueda verificarse el pago, es necesaria la intervención de ambos sujetos, quienes constituyen las partes involucradas en el pago o cumplimiento.

Por lo que respecta a las obligaciones mercantiles, el solvens y el accipiens pueden revestir la calidad de comerciantes, por hacer del comercio su actividad profesional habitual.

Sin embargo, en ocasiones no es así, pues alguno de los dos puede no tener la calidad de comerciante, lo que acarrearía la actualización de la hipótesis prevista por el artículo 4o. del Código de Comercio, razón por la cual el acto jurídico respectivo quedaría sujeto a las disposiciones de la materia mercantil.

¹¹⁴ MARTÍNEZ ALFARO. Op. Cit. p. 182.

A efecto de confirmar si en las obligaciones mercantiles se actualizan los mismos supuestos que contempla el derecho común, respecto a los sujetos que pueden realizar el pago, es decir actuando como solvens, así como los que pueden recibir el pago, actuando como accipiens, pasaremos revista a dichas hipótesis, mencionando algunos ejemplos aplicados a las obligaciones mercantiles.

Pueden actuar como solvens, haciendo el pago de las respectivas obligaciones:

a) El que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (artículo 2058, fracción II del Código Civil Federal), caso en el que se produce la subrogación legal, como ocurre con la compañía aseguradora que paga el siniestro, en los seguros de daños (Artículo 111 de la Ley sobre el Contrato de Seguro); así como el caso de pago de la compañía afianzadora al beneficiario, en cumplimiento de las obligaciones consignadas en la póliza respectiva (Artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

b) El deudor o su representante (Artículo 2065 del Código Civil Federal). Como en el caso de la persona que celebró un contrato de préstamo con una institución de banca múltiple. El cliente de dicha institución, como obligación principal a su cargo, debe devolver el dinero recibido más los intereses correspondientes, ya sea por sí o por medio de su representante legal; en el contrato de seguro o en el de fianza el tomador o contratante, por sí o a través de sus representantes.

c) Un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, pero que actúa con el consentimiento del deudor. (Artículo 2066 del Código Civil Federal). En el ámbito mercantil, este supuesto puede darse en el caso del contrato de Comisión.

d) Un tercero ignorándolo el deudor (Artículo 2067 del Código Civil Federal). Caso éste el que se observa en el contrato de suministro prestado por Teléfonos de México, S.A. de C.V., cuando el servicio telefónico es pagado ignorándolo el deudor.

e) Un tercero en contra de la voluntad del deudor (Artículo 2068 del Código Civil Federal). Este supuesto encuentra aplicación práctica dentro del ámbito mercantil en la fase de quiebra del concurso mercantil, toda vez que la realización del activo se hace con el fin de pagar a los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos y graduados. Realización y pago que se hace sin el consentimiento del comerciante quebrado, incluso en contra de su voluntad. En este supuesto el síndico (un tercero) hace el pago al acreedor reconocido en contra de la voluntad del deudor.

El síndico no es un representante del comerciante, sino uno de los órganos de la quiebra. No es representante en razón de que su intervención proviene de la ley y ésta establece su designación con el objeto de que realice los actos jurídicos necesarios para poner fin a la situación de incertidumbre de los acreedores del comerciante. En su designación no interviene la voluntad del comerciante, ni surge por una declaración unilateral de voluntad, como ocurre en el mandato y el poder, los cuales jurídicamente dan vida al representante.

Lo anterior significa que el pago hecho por el síndico al acreedor, no es un pago hecho por representante, por lo que dicho acto jurídico se ubica en la presente hipótesis y no en la señalada en el inciso b).

De lo comentado hasta ahora, y con los ejemplos citados, se puede concluir que los supuestos que establece la legislación común y la doctrina civil respecto a quiénes pueden actuar como solvens, son totalmente aplicables a las obligaciones de carácter mercantil, por lo que en este aspecto no hay nota distintiva entre el derecho común y el derecho mercantil.

Pueden actuar como accipiens, es decir, pueden recibir el pago:

a) El acreedor (Artículo 2073 del Código Civil Federal). Este supuesto se da en todos los casos de contratación mercantil, cuando el cumplimiento de la obligación se realiza directamente al contratante.

b) El representante legítimo del acreedor (Artículo 2073 del Código Civil Federal). De igual forma, este supuesto se da en los contratos mercantiles en los cuales el cumplimiento de la obligación se realiza ante el representante legal, como el mandatario o el apoderado del contratante. En el caso del seguro o la fianza el agente de fianzas, por lo que respecta al cobro de la prima, en términos de lo dispuesto por el artículo 24 del Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas.

c) Un tercero (Artículo 2074 del Código Civil Federal). Esta hipótesis a su vez, contempla distintos supuestos

1. Cuando así se estipuló. Cuando se realiza el depósito de dinero en una institución de crédito, siendo titular de la misma el acreedor, dadas las utilidades prácticas que representa el depósito de dinero en dicha institución (Rapidez en el manejo de fondos, seguridad, etc.)

2. Cuando el acreedor consiente. Este supuesto se da en cualquier contrato mercantil, cuando se realiza la conducta del tercero, sin que exista manifestación alguna del acreedor.

3. Cuando la ley lo determina expresamente. Caso del concurso mercantil, en el cual los créditos a favor del comerciante en quiebra pueden ser cumplidos mediante la presentación que de los mismos hagan los deudores del comerciante ante el síndico. El pago no se realiza al acreedor, sin embargo, se cumple la prestación al presentárselos al síndico, quien debe administrarlos.

4. En el caso de que el pago realizado por el tercero proporcione utilidad al acreedor (Artículo 2075 del Código Civil Federal). Un comerciante es deudor de una institución de crédito, en razón del préstamo que ésta le otorgó. Un tercero, que es deudor de dicho acreedor, realiza el pago del préstamo a la mencionada institución, siendo este pago de utilidad para el acreedor de la institución.

5. Cuando el tercero realiza el pago de buena y el accipiens es poseedor del crédito. Este supuesto se da en el caso de comerciantes personas físicas, cuando se realiza el pago al heredero aparente, no así a las sociedades, pues por un lado éstas realizan el pago a la persona que efectivamente tiene la titularidad de los derechos del crédito, dada la consulta que hacen de dicho pago a su grupo de asesores, y por el otro lado, al celebrar los contratos expresamente pactan quien está facultado para recibir el pago, sin dejar a dudas la posesión del respectivo crédito.

Con los anteriores ejemplos, podemos concluir que las hipótesis que contempla la legislación común, en lo respectivo al accipiens son aplicables a la contratación mercantil, con la salvedad que se señala en el punto anterior.

3.2 Momento de Pago.

El pago debe realizarse observando el principio de exactitud en el tiempo, es decir, es preciso que se cumpla la obligación en el plazo estipulado por las partes o en el que la ley determine, dependiendo del tipo de obligación a realizar.

El momento en que se debe exigir el cumplimiento de la obligación se encuentra regulado en el derecho común por el artículo 2079 del Código Civil Federal, el cual establece que el pago deberá hacerse en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.

Dicha disposición establece como primer supuesto la voluntad de las partes, de tal suerte que las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades deberán cumplirse efectivamente en el momento en que sea pactado dependiendo, obviamente, del tipo de obligación.

En caso de que no exista convenio, por el cual se determine el momento en el que se debe cumplir con la obligación, la ley determinará cuando debe cumplirse.

A este respecto la ley establece el momento de pago, diferenciando si se trata de obligaciones de dar o de hacer.

El artículo 2080 del Código Civil Federal establece que si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

En el caso de que se trate de una obligación de hacer, ésta se hace exigible desde el momento en que surge dicha obligación.

En la contratación mercantil las partes pueden pactar el momento a partir del cual se hace exigible la obligación derivada de ese acuerdo atendiendo desde luego a la naturaleza de la prestación a cubrir.

Si en el acuerdo de voluntades respectivo no se estipula el momento en el que debe hacerse exigible el cumplimiento de la prestación debida, tendrá aplicación la regla establecida en el artículo 83 del Código de Comercio, el cual establece que las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de éste código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevan aparejada ejecución.

Para el Licenciado Óscar Vásquez del Mercado esta norma (refiriéndose al mencionado artículo 83 del Código de Comercio), que fija el término de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, se justifica por la exigencia de la rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones mercantiles.¹¹⁵

El Código de Comercio regula en su artículo 1391 los documentos que traen aparejada ejecución, los cuales podrán ser exigibles, siguiendo con la disposición del artículo 83 del cuerpo de leyes en trato, al día inmediato de su vencimiento, siempre que no exista ley especial sobre los mismos que señale otro término.

Éste plazo será de observancia en todos aquellos contratos en que en su regulación legal no se haga mención alguna acerca de cuándo se hace exigible la prestación de las partes.

En aquellos contratos que en su regulación legal exista un término distinto al señalado, deberá observarse la disposición especial, atendiendo al principio de que la ley especial deroga a la general.

Ejemplo de lo anterior (de que prevalece la ley especial sobre la general) por lo que respecta al momento en que se hace exigible una obligación de carácter mercantil, es el caso previsto por el artículo 71 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, pues el crédito que resulte del contrato de seguro vencerá treinta días después de la fecha en que la empresa haya recibido los documentos e informaciones que le permitan conocer el fundamento de la reclamación. En dicho caso, el momento en que se hacen exigibles las obligaciones a cargo de la aseguradora será el día treinta y uno.

Otro caso regulado en forma específica por la ley, se encuentra en el préstamo mercantil, en el cual toma aplicabilidad la regla del artículo 360 del Código de Comercio, conforme al cual en los préstamos por tiempo indeterminado no podrá exigirse al deudor el pago, sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial ante un notario o dos testigos. Así, en el contrato de referencia cuando no se señaló el momento en el que se hace exigible la obligación de pago por parte del deudor, éste será exigible en el término que se señala, previo cumplimiento de interpelación al deudor.

¹¹⁵ Op. Cit. p. 155

Otro ejemplo de lo anterior, se encuentra en el Pagaré, el cual si no menciona la fecha de su vencimiento se considerará pagadero a la vista, como lo dispone el artículo 171 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el que se aplica la disposición del artículo 128 de dicha ley, en atención a lo que establece el artículo 174 de la misma. En el caso del pagaré en el que no se estipula el momento en que se hace exigible su cumplimiento, con base en las disposiciones mencionadas, deberá presentarse para su pago dentro de los seis meses que sigan a su fecha, y no al día inmediato siguiente.

En la materia mercantil, la falta de plazo en el cumplimiento de obligaciones es la excepción, pues la observación del término en las obligaciones comerciales se exige con más rigor, ya que los actos de comercio, para que cumplan con la finalidad de especulación comercial deben ser cumplidos en el menor tiempo posible, a fin de tener a la brevedad disponibilidad de los recursos financieros que dicho acto causen, para su debida reinversión.

Por otra parte, la forma en que deben entenderse los días, meses y años, para efecto del cómputo de los términos en el ámbito mercantil, en consecuencia del pago de obligaciones mercantiles, se encuentra señalada por el artículo 84 del Código de Comercio, el cual establece en su parte conducente que "... en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año de trescientos sesenta y cinco días".

El momento en que se debe cumplir la prestación convenida, reviste una importancia trascendente en el campo de las obligaciones mercantiles, pues de la observancia de dicho momento depende que surjan o no las consecuencias del cumplimiento tardío de la obligación.

En efecto, si una obligación mercantil se cumple en el momento estipulado, repercute en forma normal en el provecho que de ellas esperan los coestipulantes. Por el contrario, cuando no se verifica dicho cumplimiento por parte de uno de los contratantes, la carga derivada de dicho incumplimiento se convierte en una agravante en contra del comerciante incumplido, pues además de tener que cumplir la obligación por la ejecución forzosa, se verá en la necesidad de cubrir los accesorios legales que su incumplimiento trae consigo.

En la obligación mercantil, estos accesorios son distintos, ya que su cuantificación aumenta, en razón de la rapidez con la que se desenvuelven los actos de comercio, los cuales de suyo contemplan la posibilidad del lucro, la especulación comercial, por lo que el incumplimiento de una obligación mercantil, repercute en las enormes ganancias que los comerciantes obtiene por los actos de comercio, y que deben compensarse en forma proporcional con las ganancias que en dado caso un incumplimiento puede producir.

3.2.1 La Mora.

Una vez que ha transcurrido el plazo fijado por las partes o por la ley, da lugar a exigir el cumplimiento de la prestación debida, pudiendo existir dos situaciones, la primera el cumplimiento de la obligación; la segunda, el incumplimiento, lo cual da lugar a la mora.

Se entiende a la mora como "el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación exigible".¹¹⁶

La consecuencia de la mora en el derecho civil genera a favor del acreedor el derecho de exigir los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause, de conformidad con lo establecido por el artículo 2104 del Código Civil Federal.

Asimismo, el incumplido será responsable de las indemnizaciones moratoria o compensatoria a que se refiere el artículo 1949, segundo párrafo del Código Civil Federal, las cuales son excluyentes, es decir no se puede pedir en forma conjunta, sino una u otra.

En la materia mercantil, el efecto de la mora es responsabilizar al estipulante incumplido de los daños y perjuicios respectivos además de las indemnizaciones por mora que diversas leyes mercantiles regulan.

El Código de Comercio en su artículo 85 señala de forma general, cuando comienzan los efectos de la morosidad, a saber:

"En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.

En los contratos que no tuvieren día señalado para su cumplimiento, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribano o testigos."

El Código de Comercio no señala cuáles son esos efectos, por lo que se entienden los daños y perjuicios que dicho incumplimiento cause, previstos por los artículos 2104 y siguientes del Código Civil Federal.

En el caso de las obligaciones mercantiles, el incurrir en mora conlleva al responsable al pago de indemnizaciones reguladas ex profeso por la legislación mercantil, como la prevista por el artículo 135 bis de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, así como la prevista por el artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por citar algunos ejemplos.

Las indemnizaciones por mora establecidas por la legislación mercantil obviamente son más gravosas para el estipulante que incumplió, en razón de que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación derivada de un acto de comercio es

¹¹⁶ ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 352

mayor, dado el carácter de lucro, de especulación comercial que dichos actos reportan y que implican el movimiento de una gran cantidad de capitales, los cuales en caso de incumplimiento de alguna de las partes no pueden entrar en este movimiento, por lo que reporta pérdidas cuantiosas para los comerciantes, lo que origina la implantación de un sistema de cálculo distinto del que contempla la legislación común, como los casos señalados de fianzas de empresa y seguros, para este tipo de indemnizaciones, las cuales reportan notas distintivas, como el manejo de las Udi's para el cálculo de los intereses, así como el manejo de tasas de origen bancario y bursátil, que se toman como referencia para el cálculo de los mismos.

3.3 Lugar de Pago.

El pago o cumplimiento debe verificarse en algún lugar, sea el convenido por las partes o, ante la ausencia de dicho acuerdo, en el que establezca la ley. Así lo señala el artículo 2082 del Código Civil Federal, el cual a la letra dice:

"Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes conviniere otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos."

Esta regla general admite pacto en contrario, y en la práctica casi siempre se le fija al deudor un domicilio, donde debe realizar el pago.¹¹⁷

El lugar de pago tiene importancia, en razón de que éste debe cumplir con el principio de exactitud en el lugar, principio por el cual se debe cumplir la obligación en el sitio fijado en un acto jurídico o en un contrato, y a falta de dicha estipulación, en el lugar que la ley establezca.

La falta de estipulación en este sentido, dará lugar a que la ley supla la omisión.

Si la cosa objeto de la obligación es mueble, el pago puede hacerse en el domicilio del deudor o en el lugar de ubicación de la cosa. "Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que se designe en otro lugar". Artículo 2084; el que se debe relacionar con el 2082, ambos del Código Civil Federal.

En específico, si se trata de pagar una suma de dinero, se debe pagar en el lugar en el que se hizo la transmisión de la cosa. salvo pacto en contrario.

¹¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Op. Cit. p. 843

"Artículo 2084. Si el pago consistiere en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar donde se entregó la cosa, salvo que se designe otro lugar."

Por lo que toca a la legislación mercantil, el lugar de pago está previsto en el artículo 86 del Código de Comercio, el cual establece:

"Artículo 86. Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato o, en caso contrario, en aquél que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial".

El lugar en que debe realizarse el pago es de gran importancia para efectos procesales, por lo que a la legislación común se refiere.

En efecto, en el caso de que uno de los contratantes incumpla con las prestaciones a su cargo, esto dará lugar a que sea competente para conocer de la controversia relativa el juez del domicilio en donde debió realizarse el pago. Así lo establece el artículo 156, fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual dice:

"Artículo 156. Es juez competente:

...

II. El del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación. ..."

En el campo de las obligaciones mercantiles la situación se encuentra prevista por el artículo 1104, fracción II, del Código de Comercio, el cual establece:

"Artículo 1104. Sea cual fuere la naturaleza del juicio, serán preferidos a cualquier otro juez:

...

II. El del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación.

..."

Si no se ha hecho la designación del juez competente, lo será el del domicilio del deudor. Así lo establece el artículo 1105 del Código de Comercio.

Adiciona ésta idea lo dispuesto por el artículo 1106 del Código de Comercio, que establece que si el deudor tuviere varios domicilios, será preferido el que elija el acreedor.

En el ámbito mercantil, la demanda respectiva se podrá presentar ante una autoridad judicial federal o ante una autoridad judicial local, dada la jurisdicción concurrente que rige en ésta materia.

El artículo 104, fracción I establece el fundamento de la jurisdicción concurrente en la materia mercantil. Dicho artículo establece:

"Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado;"

Se entiende a la jurisdicción concurrente como aquélla figura procesal por virtud de la cual una controversia puede someterse al conocimiento de órganos judiciales locales o federales, en determinados supuestos.

Esto quiere decir, que dado el carácter federal que tiene la legislación mercantil, otorgado por el artículo 73, fracción X de la ley fundamental, en el caso de suscitarse una controversia con las características citadas, el actor puede demandar el cumplimiento de la prestación relativa ante la autoridad judicial local o ante la autoridad judicial federal. Sin embargo, los jueces de distrito, que tienen facultad para ser jueces de instrucción, como lo previene el artículo 53, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, desalientan la presentación de las demandas originadas en estos supuestos sin razón jurídica alguna, llegando al extremo de retardar los acuerdos, haciendo indebidamente un retraso del proceso, por lo que los actores, en la gran mayoría de los casos prefieren presentar sus demandas ante las autoridades locales.

3.4 Forma de Pago.

El pago, se debe hacer en la forma y manera que se hubiere pactado y, puede inclusive hacerse parcialmente, por convenio expreso o por disposición de la ley, esto es, por lo que se refiere a la primera parte el "Principio de exactitud en el modo", y por lo que respecta a la segunda, la "indivisibilidad del pago".

La forma de pago está prevista por el artículo 2078 del Código Civil Federal, conforme al cual: "El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda".

La forma de pago de las obligaciones se debe hacer observando el principio de exactitud en la sustancia, por virtud del cual el deudor para ser liberado de su obligación debe cumplir en forma exacta la prestación debida, sea ésta de dar, hacer o no hacer.¹¹⁸

Por virtud de este principio "el deudor debe pagar entregando exactamente la cosa prometida".¹¹⁹

Los preceptos relacionados con mencionado principio son el 2012, 2013 y 2016 del Código Civil Federal, los cuales respectivamente establecen:

"Artículo 2012. El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor."

"Artículo 2013. La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

"Artículo 2016. En el caso del artículo que precede, sino se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad." Disposición aplicable a la enajenación de alguna especie indeterminada.¹²⁰

Este principio también es conocido como de "identidad en la sustancia del pago". El acreedor no puede ser compelido a recibir algo diverso de aquello que es objeto de la obligación, aunque fuera de mayor valor. El acreedor tampoco está obligado a recibir solamente parte del objeto de la obligación si éste debió ser entregado en su totalidad, sólo en los casos en que así se convino o en el caso de que exista una parte de la deuda líquida y la otra ilíquida.¹²¹

La razón de no aceptar en principio el pago en parcialidades radica en que el pago completo representa una mayor conveniencia para el acreedor. Pues al tener de esta manera la cosa o suma de dinero respectiva, por su volumen representa mayor utilidad que fraccionada.¹²²

Sin embargo, en diversos ordenamientos legales de naturaleza mercantil, se prevé la posibilidad de que se realicen pagos parciales.

¹¹⁸ Tomando la noción que de dicho principio da ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 338.

¹¹⁹ MARTÍNEZ AFARO. Op. Cit. p. 184.

¹²⁰ ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. P. 339.

¹²¹ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ. Op. Cit. pp. 285-286.

¹²² Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Op. Cit. p. 840.

Uno de estos casos es el que contempla el artículo 130 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece:

"Artículo 130. El tenedor no puede rechazar un pago parcial; pero debe conservar la letra en su poder mientras no se le cubra íntegramente, anotando en ella la cantidad cobrada y dando por separado el recibo correspondiente."

El artículo citado se aplica al Pagaré, en atención a la disposición del artículo 174 del cuerpo de leyes en trato.

Como se desprende de la lectura del artículo transcrito, éste constituye uno de los casos en que se establece la obligación del acreedor de recibir pagos parciales. Obligación que deviene de la posibilidad de realizar pagos parciales por disposición de la ley a que alude el artículo 2078 del Código Civil Federal.

Un caso que deriva de la disposición del artículo 2078 del Código Civil Federal, por lo que respecta a la posibilidad de recibir pagos parciales por convenio expreso, por lo que toca a la contratación mercantil, lo es el previsto por el artículo 37 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, conforme al cual la prima, aún cuando esté calculada para un periodo del seguro, podrá ser pagada en parcialidades por el contratante del seguro en forma fraccionada.

"Artículo 37. En los seguros de vida, en los de accidentes y enfermedades, así como en los de daños, la prima podrá ser fraccionada en parcialidades que correspondan a periodos de igual duración. Si el asegurado optare por cubrir la prima en parcialidades, cada una de éstas vencerá al comienzo del periodo que comprenda."

En el caso de que la cosa debida esté individualmente determinada, el deudor se libera de su obligación haciendo la entrega de la misma, en razón de que por disposición del artículo 2012 del Código Civil Federal, el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta de la debida, aún cuando ésta sea de mayor valor.

Si la cosa está determinada sólo en especie y cantidad, el deudor se libera entregando dicha cantidad, en razón de que por la disposición del artículo 2016 del Código Civil Federal, el deudor se libera entregando una cosa de mediana calidad.

De nueva cuenta el Código de Comercio, es omiso por lo que respecta al principio de exactitud en la sustancia en el cumplimiento de obligaciones, pues no contiene disposición alguna que lo regule, por lo que a las obligaciones mercantiles le son aplicables las disposiciones del derecho común citadas anteriormente por falta de un régimen legal especial.

En atención a que las obligaciones mercantiles, por lo general derivan en el cumplimiento de obligaciones en dinero, es necesario entrar al análisis del pago de las obligaciones pecuniarias, también denominadas dinerarias.¹²³

¹²³ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Derecho Monetario Mexicano. Editorial

Al respecto, el Licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando, señala que existen tres tipos de relaciones jurídicas que pueden derivar en el pago de una cantidad de dinero, a saber:

a) Aquéllas que tiene por objeto directo la entrega de dinero, sea una suma determinada o determinable, caso de la compraventa;

b) Aquéllas que tiene por objeto una prestación no pecuniaria, pero que pueden solventarse por medio del pago de una cantidad de dinero, como la derivada de la reparación de un daño material; y

c) Aquéllas cuyo incumplimiento da origen al pago de una determinada suma de dinero, como el pago de los daños y perjuicios derivado del incumplimiento de la obligación.¹²⁴

Estas relaciones jurídicas se presentan en los contratos mercantiles.

La Fianza de Empresa puede otorgarse para garantizar todas ellas. A su vez, la afianzadora, en caso de ser exigible la obligación derivada de la póliza otorgada, tendrá que hacer frente a dicha obligación a través del pago de una suma de dinero, por lo que su obligación encuadraría en el inciso a).

El pago de obligaciones pecuniarias, puede realizarse sin que se tenga que cumplir con el requisito de exactitud en el modo, pues hay casos en que estas obligaciones se cumplen con instrumentos de pago, como el cheque, o en forma electrónica como en el caso de transferencia de fondos, sin que exista la entrega material de monedas o billetes.

Para la comprensión del régimen legal de las obligaciones pecuniarias, es necesario señalar que existen dos teorías, la nominalista y la valorista, las cuales tratan de dar solución a los conflictos derivados por el pago de dinero, atendiendo a la depreciación del valor adquisitivo que éste pudiera sufrir en los contratos de tracto sucesivo.

Por virtud de la teoría del nominalismo, se debe pagar la suma de dinero por su valor nominal, sin atender a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. De esta forma, el deudor se libera de su obligación entregando la misma cantidad de moneda recibida.

En el valorismo, el pago de deudas de dinero se hace teniendo en cuenta la disminución del valor adquisitivo de la moneda. El deudor se libera entregando una

Harla S.A. de C.V. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 1991. p. 95. Nos dice que "A las obligaciones dinerarias suele también denominárseles pecuniarias, en virtud de que antiguamente se utilizó al ganado como unidad de cuenta. ...De ahí, la usanza del término pecunia para referirse al dinero., y de pecuniarias para aludir a las obligaciones dinerarias."

¹²⁴ Ídem. p. 95

cantidad de dinero que tenga el mismo valor adquisitivo que tenía esta al momento en que contrajo la obligación.

La materia del pago de obligaciones pecuniarias se encuentra regulada en forma específica en la Ley Monetaria de 1931, vigente con algunas modificaciones.

Para el estudio de dicha ley y del régimen de pago establecida por ella, debe distinguirse entre obligaciones pecuniarias en moneda nacional y obligaciones pecuniarias en moneda extranjera, estableciendo lo que debe entenderse por moneda.

Por moneda se entiende "al signo o símbolo que por disposición del algún derecho concreta a la unidad de un sistema monetario, o múltiplos o submúltiplos de esta; el cual tiene poder liberatorio para solventar obligaciones pecuniarias, por lo que el acreedor está obligado a recibirlo en pago dentro de los límites establecidos por tal derecho".¹²⁵

Las obligaciones pecuniarias en moneda nacional, se encuentran reguladas en el artículo 7 de dicha ley, el cual dice:

"Artículo 7. Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2o. bis, podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago."

Dicho precepto denota la prevalencia de la teoría nominalista, pues el pago de deudas de dinero en moneda nacional tendrá que hacerse entregando la cantidad respectiva por su valor nominal. V.gr., si tengo a mi cargo una obligación de mil pesos, pagadera a dos años, en aquél momento entregaré la cantidad de mil pesos, sin importar que la moneda haya sufrido una depreciación.

El Código Civil Federal robustece la teoría nominalista sustentada por la Ley Monetaria, pues aquél en su artículo 2389, relativo al mutuo dispone:

"Artículo 2389. Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuuario."

¹²⁵ Ídem. Dice que es una definición descriptiva, apartada del requisito de género próximo y diferencia específica.

Las obligaciones mercantiles en moneda nacional, en principio tendrían que cumplirse en esos términos, en virtud de las disposiciones antes transcritas. Sin embargo el Código de Comercio hace una regulación propia de ésta materia en diversos preceptos.

"Artículo 335. El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla con los documentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia".

"Artículo 336. Cuando los depósitos sean de numerario, con especificación de las monedas que la constituyan, o cuando se entreguen cerrados y sellados, los aumentos o bajas que su valor experimente serán de cuenta del depositante.

Los riesgos de dichos depósitos corren a cargo del depositario, siendo de su cuenta los daños que sufran, si no prueba que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable.

Quando los depósitos en numerario se constituyan sin especificación de moneda o sin cerrar o sellar, el depositario responderá de su conservación y riesgos en los términos establecidos por el artículo anterior."

"Artículo 359. Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador.

...

..."

Siendo la teoría nominalista la que prevalece en nuestra legislación, ante la injusticia que puede representar el hecho de recibir el valor nominal de la cantidad que nos es debida, dada la depreciación cotidiana del valor adquisitivo de nuestra moneda, nada impide que en las obligaciones mercantiles se estipulen las cláusulas de estabilización o corrección monetaria, utilizadas como medio de prevención contra dicha depreciación, a fin de reajustar los adeudos, a saber:

a) Cláusula oro. Se pacta que el pago se hará en oro. Sea en monedas o gramos de dicho metal.

b) Cláusula valor oro. Se pacta que se pagará teniendo como referencia el valor del oro al vencimiento de la obligación, en moneda de curso legal, conforme al valor de referencia.

c) Cláusula moneda extranjera. Se pacta que la prestación objeto de la obligación será moneda extranjera.

d) Cláusula valor moneda extranjera. La prestación consiste en moneda nacional equivalente, en el momento de pago, a la suma convenida en moneda extranjera.

e) Cláusula mercaderías. Se pacta que el pago se hará tomando como referencia el valor de determinadas mercancías.

f) Cláusula valor mercaderías. Se pacta el pago, en moneda de curso legal, por el precio que tengan determinadas mercaderías en el momento del pago.

g) Cláusulas indiciales. Se pacta que el importe del pago se determinará en función de precio de ciertos productos, salario mínimo, o el Índice Nacional de Precios al Consumidor emitido por el Banco de México.

En este orden de ideas, nada impide que en la celebración de un contrato mercantil que tenga como consecuencia el pago de una cantidad de dinero, se estipulen este tipo de cláusulas por medio de las cuales se pretenda abatir los problemas de depreciación monetaria, en los contratos de tracto sucesivo.

Esto es así, en razón de que el Código de Comercio sustenta la teoría nominalista, establecida por el Código Civil Federal, por lo que se puede echar mano de dichas cláusulas a fin de que ante el evento de una depreciación en el valor adquisitivo de la moneda nacional, este no repercuta en perjuicio de la parte acreedora de la relación.

Además, dichas cláusulas reportan una utilidad práctica, pues en virtud de ellas el pago de obligaciones en moneda nacional "se verá automáticamente incrementado en la misma proporción en la que dicha moneda se deprecie en cierto grado y plazo, o bien cuando se devalúe frente a cierta divisa extranjera".¹²⁶

h) Unidades de Inversión.

Otra forma de abatir las consecuencias de los fenómenos económicos que repercuten en el valor de la moneda, por lo que respecta a las obligaciones mercantiles, es el uso actual de las Instituciones de Crédito de las Unidades de Inversión.

Las Unidades de Inversión, creadas por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, constituyen un medio por el cual las obligaciones pecuniarias incrementan su cuantía en atención a los factores económicos y al tiempo en que se hace el pago respectivo, siendo un factor cuya finalidad es actualizar el monto de las obligaciones pecuniarias al ritmo de la inflación.

¹²⁶ DÍAZ BRAVO. Op. Cit. p. 39.

La contratación de dicho factor es convencional, y su utilización es exclusiva para actos jurídicos financieros y mercantiles.

Dicha figura jurídica no es moneda, pues al momento de hacer el pago de las obligaciones pactadas en Unidades de Inversión, la obligación respectiva se solventa en moneda nacional, atendiendo al valor que la Udi tenga al momento de hacer el pago. Valor que diariamente publica el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación y que se determina en base a la variación que experimenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor.

Las mencionadas Unidades de Inversión, se utilizan en el Contrato de Seguro y en la Fianza de Empresa.

En caso de ser condenadas las instituciones de Seguros y de Fianzas en un juicio seguido en su contra, la condena se hará en las mencionadas Unidades de Inversión, en términos de lo dispuesto por los artículos 135 Bis de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y 95 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Asimismo, en caso de ser condenadas las instituciones de referencia deberán pagar la indemnización por mora, tomando como referencia dichas Unidades de Inversión, en términos de los artículos mencionados.

El segundo punto a tratar respecto del régimen legal del pago de obligaciones pecuniarias es el relativo a las obligaciones pecuniarias en moneda extranjera.

El supuesto de obligaciones pecuniarias en moneda extranjera, ha sido motivo de diversos debates entre la doctrina. Se han hecho diversos estudios sobre este tema, especializados o generales, las cuales llegan a puntos de vista contradictorios, los que trataremos de conciliar.

El punto de partida de estos estudios lo constituye la disposición del artículo 80. primer párrafo de la Ley Monetaria de 1931, el cual dice:

"Artículo 80. La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en esta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago

..."

Por una parte consideran la validez de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en esta VÁZQUEZ PANDO¹²⁷ y con sus reservas MARTÍNEZ ALFARO¹²⁸ y ROJINA VILLEGAS.¹²⁹

Por el contrario, opinan que las obligaciones en moneda extranjera que se contraen dentro o fuera de la República para ser cumplidas en esta son nulas de pleno derecho GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ¹³⁰ y BEJARANO SÁNCHEZ.¹³¹

Lejos de aumentar este debate, nos constreñiremos a señalar que la Ley Monetaria, establece que las deudas en moneda extranjera se solventarán en moneda nacional, lo cual implica que las obligaciones en moneda extranjera surten efectos en la República, pues de otra forma no se haría mención de ellas dentro de nuestra legislación, ni se establecería la forma en que el deudor se libera de ellas en el territorio nacional.

El hecho de que la Ley Monetaria haga referencia a las obligaciones en moneda extranjera, y que señale que estas se solventarán entregando moneda nacional, indican que la intención del legislador no es la de darle curso legal a la moneda extranjera, sino que su intención fue regular una práctica, la de contraer obligaciones en moneda extranjera, tal vez por prever el temor, en nuestros días justificado, de una depreciación monetaria.

Sin embargo, se dispuso que dichas obligaciones se solventarían entregando moneda nacional, apoyando la idea de la soberanía "monetaria" del peso mexicano en la República, quitando en forma tajante poder liberatorio a la moneda extranjera, por lo que el cumplimiento de las obligaciones civiles y mercantiles en moneda extranjera se verificará en moneda nacional.

De esta forma, vemos en forma genérica el régimen legal del pago en el derecho mercantil.

En el caso de que una obligación no se cumpla, si esta fue garantizada por una Fianza de Empresa, la afianzadora tendrá la obligación de realizar el pago, en el momento

¹²⁷ VÁZQUEZ PANDO Op. Cit. pp. 133-152.

¹²⁸ MARTÍNEZ ALFARO. Op. Cit. p. 187. Las admite en el sentido de que son válidas cuando dichas obligaciones son originadas por el tráfico interno cuando se demuestre que el deudor recibió moneda extranjera.

¹²⁹ ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 342. Dice que el artículo 8 de la Ley Monetaria sólo permite contraer obligaciones en moneda extranjera, pero en este único acto se acaba la permisibilidad de dicha norma, pues al cumplirla dicho cumplimiento se hará entregando moneda nacional.

¹³⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Op. Cit. pp. 871-872

¹³¹ BEJARANO SÁNCHEZ. Op. Cit. pp. 291.295.

oportuno, dando lugar a las consecuencias jurídicas que de dicho pago deriven, cuyo estudio haremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 4. EL PAGO DE LA FIANZA DE EMPRESA Y SUS EFECTOS.

4.1 Momento de exigibilidad del pago.

La garantía otorgada por la Fianza de Empresa, puede ser por tiempo determinado y por tiempo indeterminado.

En efecto, puede contratarse estipulando que la misma tendrá efectos hasta un día determinado, o bien que tendrá efectos por un lapso de tiempo indefinido.

Partiendo de este supuesto, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece dos supuestos, a través de los cuales se determina el momento en el cual se puede exigir el cumplimiento de los derechos y las obligaciones consignadas en la Póliza de Fianza respectiva.

Dicho precepto legal establece:

“Artículo 120. Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedará liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.”

4.1.1 Fianza otorgada por tiempo determinado.

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas hace mención al momento en que se hace exigible la Fianza de Empresa otorgada por tiempo determinado.

Cuando se celebre éste tipo de Fianza, como primer aspecto a analizar para la presentación en tiempo de la reclamación, serán las condiciones de la póliza, pues en ellas las partes estipulan el momento en el que se debe hacer exigible la obligación.

En caso contrario, cuando las condiciones de la Fianza no hagan mención del momento en el cual se debe hacer exigible la obligación por parte de la afianzadora, se deberá tomar en cuenta la regla que establece la disposición legal

En este caso, la reclamación que se realice, para su debida validez legal deberá hacerse dentro de los 180 días naturales siguientes al vencimiento de la vigencia de la póliza de fianza.

De no hacerlo así la afianzadora tendrá a su favor la figura jurídica de la caducidad.

En el supuesto de que en la Fianza otorgada por tiempo determinado, la reclamación no se presente dentro del plazo estipulado por las partes o dentro del que la ley señala, la afianzadora, podrá hacer valer la caducidad, en razón de que la parte reclamante, que lo será la beneficiaria de la fianza, no hizo valer sus derechos en tiempo.

El término caducidad parece tener aquí el sentido que se da al mismo en el Derecho Procesal, pues aquí significa la pérdida de los derechos de una de las partes con motivo de su inactividad o actividad tardía. Actitudes que traen como consecuencia la pérdida de derechos sustantivos.

4.1.2 Fianza otorgada por tiempo indeterminado.

El momento en que se puede exigir el cumplimiento de la Fianza de Empresa otorgada por tiempo indeterminado, está prevista por el artículo 120, segundo párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, transcrito líneas arriba.

En este tipo de fianzas cobra especial importancia determinar el momento preciso en el que el fiado incumple con su obligación.

Este momento, es de suma importancia para el beneficiario, pues de la correcta fijación temporal del momento del incumplimiento depende la precisión respecto del nacimiento del derecho del beneficiario para exigir el cumplimiento de la obligación a cargo de la afianzadora, el cual se limita por la ley.

Una vez que se ha verificado el incumplimiento del fiado, sujeto pasivo de la obligación principal, el beneficiario de la póliza de Fianza contará con 180 días naturales para reclamar el derecho a su favor.

Ambos tipos de contrataciones contemplan la figura de la caducidad.

Como en el caso de la Fianza celebrada por tiempo determinado, si el beneficiario no presenta su reclamación dentro de ese lapso o bien si lo realiza fuera del mismo, dicha

situación dará lugar a que la afianzadora tenga a su favor la figura jurídica de la caducidad, entendida aquí como la pérdida del derecho sustantivo del beneficiario de la Fianza por su inactividad o actividad tardía, respecto de la reclamación de las obligaciones y derechos constituidos en la póliza de la Fianza.

De la redacción del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se desprende que la no presentación de la reclamación a la institución afianzadora dentro del término estipulado o dentro del término de ley, se desprende que el derecho del beneficiario se extinga por caducidad, no así por prescripción.

La pérdida de los derechos derivada del transcurso del tiempo, se da en la prescripción negativa o liberatoria, por virtud de la cual el deudor se libera de la obligación por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley.

La diferencia que se da entre la caducidad contemplada en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y la prescripción que venimos comentando radica en que en la especie, la primera constituye un requisito previo para que empiece a computarse el término para la prescripción, siendo la presentación de la reclamación el momento a partir del cual se inicia el cómputo de los días para que pueda operar la prescripción negativa.

En este orden de ideas, la pérdida de los derechos sustantivos derivados de la caducidad se debe a que la no presentación de la reclamación por parte del beneficiario de la Fianza, imposibilita el cómputo del término previsto por la ley para que opere la prescripción negativa, la cual no implica la pérdida de derechos, sino la extinción de la obligación.

Una vez que es presentada la reclamación, nace el derecho del beneficiario para hacer efectiva la póliza, entiéndase los derechos derivados de la póliza. Derecho que ahora sí estará sujeto a la prescripción.

La prescripción de las obligaciones a cargo de la afianzadora estará sujeto al término de prescripción necesario para extinguir de este modo la obligación principal.

La ley limita el término necesario para que opere la prescripción negativa a favor de la afianzadora.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece el término de tres años para que opere a favor de la afianzadora la prescripción negativa. En el supuesto de que la obligación principal requiera para su extinción por prescripción de un lapso de tiempo mayor a tres años, deberá prevalecer el establecido en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De lo anterior, se concluye que la exigibilidad del pago en la Fianza de Empresa, tiene dos momentos a saber: el primero, para la presentación de la reclamación por parte del beneficiario, la cual será dentro del término estipulado o dentro del término de 180 días naturales siguientes al en que termine la vigencia de la fianza, o la del incumplimiento de la obligación principal, según sea el caso, a fin de evitar la caducidad; y el segundo, una vez

presentada la reclamación en forma oportuna, para hacer efectivos los derechos derivados de la póliza de Fianza, antes del término necesario para que opere la prescripción negativa de la obligación garantizada o el de tres años, el que resulte menor, a fin de evitar que opere la prescripción negativa.

4.2 El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Es de todos conocido que en la Fianza Civil, el fiador goza de los beneficios o privilegios de orden y excusión.

Por virtud del beneficio de orden, el fiador no puede ser obligado a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión de sus bienes.

Por virtud del beneficio de excusión, el fiador no será obligado al pago de la obligación principal, sino después de aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, la cual quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.

Estos dos beneficios de la Fianza Civil, pueden ser renunciados válidamente por el fiador, de tal suerte que, al momento de exigir el pago derivado del incumplimiento de la obligación principal, se pueda realizar a través del fiado o directamente al fiador.

Esta es la excepción en la contratación de la Fianza Civil, pues la regla general prevista por la ley es que todo fiador goce de los citados beneficios.

Por otro lado, dentro de la Fianza Civil los artículos 2848 y 2849 del Código Civil Federal establecen una forma específica para extinguir la misma, consistente en la inactividad procesal del acreedor de la obligación principal.

Si el acreedor entabló un juicio para hacer efectiva la obligación garantizada, y en el mismo se observe la inactividad del acreedor por el lapso de tres meses sin causa justificada, dicha situación dará lugar a que se extinga la fianza.

En la Fianza de Empresa no ocurre así.

El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece reglas distintas para la Fianza de Empresa.

Dicho artículo a la letra establece:

“Artículo 118. Las instituciones de Fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el 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 la Fianza de Empresa no le son aplicables los beneficios de orden y excusión.

En el caso de que el acreedor se vea en la necesidad de solicitar coactivamente el cumplimiento de la obligación a su favor, podrá hacer valer sus derechos ante el propio fiado o ante su fiador, sin que exista impedimento convencional ni legal para ello, lo que podría ocurrir en la Fianza Civil.

De esta forma, en el caso de ser demandada la afianzadora por el cumplimiento de la obligación, esta no podrá pedir que antes de requerirle el pago, se reconvenga primeramente al deudor principal.

Tampoco podrá pedir la afianzadora, que antes de que se le requiera el pago, primero se aplique el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación.

Estos principios, propios de la Fianza de Empresa, derivan del carácter estrictamente oneroso de dicho contrato.

El contratante de la Fianza de Empresa cumple con la prestación a su cargo, el pago de la prima, con el objeto de que se garantice la obligación, dentro de los límites consignados en la póliza.

No tendría sentido alguno que el contratante de la Fianza de Empresa celebrara dicho contrato y pagara la prima, si la misma afianzadora pusiera trabas para el cumplimiento de su obligación.

En la Fianza de Empresa el acreedor no se ve forzado a requerir el cumplimiento de la obligación primero al deudor y después al fiador, pues el precepto legal le da la posibilidad de exigir dicho cumplimiento a cualquiera de ellos.

Estas reglas le dan a la Fianza de Empresa una fisonomía distinta de la de la Fianza Civil. Le dan a la obligación de la afianzadora el carácter de solidaria. Solidaridad que le impone la ley y que a nuestro parecer se deriva del carácter oneroso de la Fianza de Empresa.¹³²

Otra peculiaridad de la Fianza de Empresa derivada del precepto legal transcrito, se observa en lo referente a la inactividad procesal del acreedor de la obligación principal, dentro del juicio promovido por este, a efecto de solicitar el cumplimiento de la obligación a su favor.

La nota característica radica en el hecho de que en un juicio promovido por el acreedor de una obligación garantizada con Fianza de Empresa, este no realice ninguna conducta procesal. Dicha situación no dará lugar a la extinción de la fianza, lo que sí ocurre en la fianza civil.

¹³² DÍAZ BRAVO. Op. Cit. P. 211. señala que por la obligación solidaria que se da en la Fianza de Empresa, esta "adquiere una nueva fisonomía, cuyos rasgos, ... no coinciden con los de la fianza civil". En este mismo sentido se pronuncia VÁSQUEZ DEL MERCADO. Op. Cit. pp. 365-366.

Sin embargo, si dicha inactividad se prolonga por más de 120 días contados a partir del día siguiente a aquél en que surtió efectos la notificación de la última resolución judicial dictada en el proceso respectivo, dicha situación dará lugar a la caducidad de la instancia, atento lo dispuesto por el artículo 1076 del Código de Comercio, más no a la extinción de la fianza.

4.3 Procedimiento de Reclamación de Pago.

Una vez que la obligación principal se hace exigible, y no se verifica el pago o cumplimiento de la misma, surge la necesidad del beneficiario de la fianza, de hacer efectiva la garantía.

4.3.1 Procedimiento extrajudicial de reclamación de pago.

El procedimiento extrajudicial de reclamación de pago se encuentra regulado por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con el que dicho sea de paso, principia el capítulo de Procedimientos Especiales.

El estudio que iniciaremos llevará el orden lógico de presentación, integración y resolución de la reclamación.

4.3.1.1 Presentación de la reclamación.

El artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su primer párrafo establece:

“Artículo 93. Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución de fianzas.”

Esta disposición debe relacionarse con la del artículo 120 del cuerpo de leyes en trato, pues dicha reclamación debe realizarse en el tiempo fijado por el precepto legal citado y transcrito líneas arriba, por lo que nos remitimos a ellas en obvio de repeticiones innecesarias.

Asimismo, el artículo 93, primer párrafo, primera parte del ordenamiento legal en cita debe relacionarse con lo que establece la fracción I del mismo.

La reclamación deberá realizarse en tiempo (artículo 120) y en forma (fracción I del artículo 93).

El artículo 93, fracción I, primer párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

“Artículo 93. ...

I. El beneficiario requerirá por escrito a la institución el pago de la fianza, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la Fianza”.

...”

Esta disposición plantea un problema.

El beneficiario de la póliza debe acreditar dos extremos.

Por un lado, al requerir de pago a la afianzadora deberá hacerlo por escrito, acompañando a la misma los elementos necesarios para demostrar la existencia de la obligación garantizada por la Fianza.

Esta situación no presenta dificultad alguna, pues el beneficiario siempre presenta los documentos en donde consta la obligación principal.

El segundo extremo, consistente en la comprobación por parte del beneficiario de la exigibilidad de la obligación garantizada por la Fianza, es el que plantea dificultad.

Desde la óptica del Derecho Procesal el incumplimiento constituye un hecho negativo, el cual por su naturaleza es imposible de comprobar.

Sin embargo, la disposición que se comenta arroja la carga de dicho incumplimiento al beneficiario, el cual así se ve en la imposibilidad jurídica de acreditar el hecho negativo del incumplimiento.

Sin duda alguien diría que la reclamación realizada ante la afianzadora no constituye en forma alguna un proceso judicial, por lo que no se sujeta a las reglas del Derecho Procesal, por ser una situación externa a este.

Sin embargo, cabe señalar que el procedimiento se encuentra regulado legalmente aunque sea extrajudicial, por lo que del origen mismo de este, su regulación legal, resultan aplicables las reglas y principios jurídicos de los procesos, del Derecho Procesal.

Para remediar esta situación el legislador puede prescindir de dicha comprobación, pues el requerimiento del beneficiario a la afianzadora lleva de suyo el que no se ha cumplido con la obligación principal.

Así, las únicas cargas del beneficiario al realizar su reclamación serían las de comprobar la relación jurídica de la que deriva la obligación garantizada y la de comprobar que la Fianza se otorgó a su favor.

Por otra parte, en todo caso la institución afianzadora deberá informar al órgano de control y regulación de la actividad afianzadora, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, sobre las reclamaciones judiciales o extrajudiciales que reciba, a efecto de que dicha Comisión decida si debe registrar pasivo por la responsabilidad a cargo de dichas instituciones.

Dicha obligación está contemplada por el artículo 61, párrafo segundo y tercero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual señala:

“Artículo 61. ...

Las instituciones de Fianzas deberán informar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en la forma y términos que la misma señale, sobre las reclamaciones judiciales o extrajudiciales que reciban, indicando si han sido pagadas o los motivos de oposición de la institución, las garantías que correspondan y demás datos pertinentes.

En vista de estos informes y de los que por otros medios obtenga la Comisión, la misma resolverá oyendo a la institución interesada, sobre si debe registrar pasivo por la responsabilidad a su cargo”.

El registro de referencia constituye una medida cautelar, la cual garantiza el pago que en su caso se deba realizar al beneficiario con motivo de su reclamación.

Presentada la reclamación, se da la siguiente etapa del procedimiento.

4.3.1.2 Integración de la reclamación.

El artículo 93, fracción I, segundo párrafo y sucesivos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establecen:

“Artículo 93. ...

I. ...

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

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

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contado a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia;"

Hecha la reclamación del beneficiario en tiempo y forma, surge el derecho de la afianzadora para requerir cualquier tipo de información al beneficiario.

Se entiende que la información requerida, será aquella relacionada con la existencia de la obligación principal y su garantía, pues como vimos, al beneficiario no le puede recaer la carga del incumplimiento.

Sin embargo, en la práctica la afianzadora en uso de la facultad que le otorga el precepto legal invocado, requiere al beneficiario a efecto de que acredite el incumplimiento, situación a la que jurídicamente no está obligado.

En ocasiones el beneficiario sí acredita este hecho en su reclamación, como en el caso de la Fianza otorgada para garantizar el pago del arrendamiento, en el cual el beneficiario exhibe con la reclamación el recibo de renta correspondiente, pero, se insiste, jurídicamente no está obligado a comprobar dicha situación

El derecho de la afianzadora de requerir información al beneficiario de la póliza es temporal, pues solo tendrá 15 días naturales, contados a partir de la fecha en que recibió la reclamación para hacer uso de él, presentándose dos supuestos:

a) Que la afianzadora haga uso de ese derecho en tiempo. Dicha actividad genera al beneficiario la carga de proporcionar la información requerida a la afianzadora por el término de 15 días naturales la ley no dice a partir de cuando, pero se entiende que dicho término se empieza a computar a partir del requerimiento de dicha información por parte de la afianzadora.

Si el beneficiario no proporciona la información requerida por la institución de fianzas, se tiene por integrada la reclamación con todos aquellos elementos que presentó el beneficiario, sea en su perjuicio o en su beneficio.

b) Que la afianzadora no haga uso del mencionado derecho. Caso en el cual se tiene por integrada la reclamación, sea en su perjuicio o en su beneficio.

Adicionalmente, la afianzadora tiene derecho a solicitar todo tipo de información al fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, haciéndoles saber el momento en que vence el plazo otorgado por la ley para resolver la reclamación.

Dichas personas, tienen obligación de proporcionar a la afianzadora oportunamente todos los elementos y documentación necesaria para resolver dicha reclamación, incluyendo las defensas relacionadas con la obligación principal que pueda oponer al beneficiario de la póliza.

Si los obligados consideran total o parcialmente procedente la reclamación, deben proveer a la afianzadora las cantidades necesarias para que la compañía haga el pago de lo que reconozcan al beneficiario.

En el caso de no cumplir lo anterior, la afianzadora podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario para posteriormente solicitar el reembolso a los obligados en términos del contrato respectivo o de la ley (Artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).¹³³

Asimismo “las instituciones de fianzas, al ser requeridas o demandadas por el acreedor, podrán denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea convenientes. En caso de que no salga en juicio para el citado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas”. (Artículo 118 Bis quinto párrafo del cuerpo de leyes en trato).

Es en este momento donde el fiado debe hacer del conocimiento del fiador todas aquellas circunstancias que permitan determinar la procedencia e improcedencia de la reclamación.

Si las personas mencionadas cumplen con los requerimientos de la afianzadora, esta tendrá la posibilidad de resolver la reclamación sea con dichos elementos o con los que obren en su poder.

4.3.1.3 Resolución de la reclamación.

La siguiente etapa del procedimiento está prevista por el cuarto párrafo del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual establece:

“Artículo 93. ...

IV. ...

...

...

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

Integrada la reclamación, empieza a correr el plazo de 30 días naturales, a efecto de que la institución de fianzas resuelva la reclamación.

¹³³ Cf. CASTILLO LARA, Eduardo. Juicios Mercantiles. En Biblioteca de Derecho Mercantil. Volumen 1. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México. 1999. pp. 282-283.

La institución de fianzas puede resolver en tres sentidos, a saber:

- a) Pago de la reclamación;
- b) Pago parcial de la reclamación; y
- c) Improcedencia del pago.

En cuanto a la primera posibilidad, ésta no plantea problema alguno, pues el reclamante obtiene íntegra la prestación reclamada extrajudicialmente.

En cuanto a la segunda y tercera posibilidad, las mismas dan pie a la reclamación judicial del pago de la fianza.

En el caso de pago parcial de la reclamación del pago de la fianza, el beneficiario está obligado a aceptarlo, sin que dicha situación libere completamente a la afianzadora, pues la ley deja expedito el derecho del beneficiario para reclamar judicialmente el pago de la fianza.

El artículo 93, fracción II, primera parte de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

“Artículo 93. ...

I. ...

II. Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la siguiente fracción.”

La resolución y pago parcial se deben verificar dentro del plazo de 30 días naturales que a la afianzadora otorga la ley; en caso de no hacerlo así, y de ser posteriormente procedente el pago, a la afianzadora la recae la carga de pagar los intereses moratorios correspondientes.

La segunda parte de la fracción II del artículo 93 multicitado establece:

“Artículo 93. ...

I....

II. ... Si el pago se hace después del plazo requerido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis de esta ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos de los artículos 93 bis y 94 de esta ley:”

La improcedencia de la reclamación, puede ser consecuencia del requerimiento hecho por la afianzadora al fiado, solicitante, obligado solidario o contrafiador, hecho con fundamento en lo dispuesto por el quinto párrafo del artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por virtud del cual dichas personas hayan proporcionado elementos que así lo determinen.

En este orden de ideas, la afianzadora puede declarar improcedente el pago y oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, con excepción de las estrictamente personales del deudor, tal como lo dispone el artículo 2812 del Código Civil Federal.

La inconformidad del beneficiario de la póliza con motivo del pago parcial o improcedencia de la reclamación puede ser demandada judicialmente.

La inconformidad de referencia se contempla en el artículo 93, primer párrafo, segunda parte, y en la fracción III del mismo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los cuales respectivamente establece:

“Artículo 93. ... En caso de que ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de esta ley. En el primer caso, las instituciones afianzadoras estarán obligadas a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo 93 Bis de la misma.

I....

II.....

III. Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, conforme a lo establecido en los términos de los artículos 93 Bis y 94 de esta ley, y”

El artículo 93 Bis actualmente está derogado.

La reclamación judicial del beneficiario puede darse por dos vías, la propiamente judicial, ante autoridades judiciales o bien, mediante la conciliación o el arbitraje en cualquiera de sus modalidades ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef).

4.3.2 Procedimiento administrativo de reclamación de pago.

Las instituciones de Fianzas, son consideradas instituciones financieras, por lo que les son aplicables las disposiciones de la Ley de la Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Carácter que les atribuye dicha ley en su artículo 2°. Fracción IV.

En consecuencia, les son aplicables las disposiciones de dicha ley, en lo relativo a la conciliación, que como se dijo no es obligatoria, y en lo relativo al procedimiento arbitral.

La intervención de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, surge de la queja o reclamación presentada por el beneficiario de la póliza.

La queja, el planteamiento informal del problema por parte del beneficiario de la póliza, se resolverá con la información solicitada por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en atención a la facultad que le da el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

En el caso de que persista la inconformidad del beneficiario por el resultado de la gestión de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, este podrá hacerla valer ante la misma Comisión a través del procedimiento de reclamación, que motivará la etapa de conciliación.

4.3.2.1 Etapa de Conciliación.

A grosso modo, la etapa de conciliación prevista por el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros es el siguiente:

- Se presenta el escrito de reclamación, el cual debe reunir los requisitos previstos por el artículo 63 de la citada ley; el que debe presentarse dentro del término de un año, contado a partir del hecho que dé origen a la reclamación en el domicilio de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en la delegación más próxima al domicilio del beneficiario o en la unidad especializada con que cuente la afianzadora.

- Con dicho escrito, de reunir los requisitos de ley, se correrá traslado a la afianzadora dentro de los 5 días hábiles siguientes a su presentación con todos los elementos aportados por el beneficiario, señalando además fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, con apercibimiento de multa para el caso de inasistencia de la misma, la cual se deberá verificar dentro de los veinte días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación y solicitando el informe de ley correspondiente.

-Ya en la audiencia de conciliación de referencia, la institución de fianzas, por conducto de su representante, rendirá un informe por escrito, antes o en la audiencia misma, dando contestación cabal a los hechos base de la reclamación. En caso contrario el informe se tendrá por no presentado, para los efectos legales a que haya lugar, hecho que no dará motivo a que la audiencia se suspenda o difiera. Solo en caso de excepción la audiencia concluirá en día distinto al en que se verificare el primer encuentro de las partes, caso en el que se concluirá dentro de los 5 días hábiles siguientes, cuando así lo determine la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

-En caso de que la institución afianzadora no rinda el informe en forma completa, se le requerirá, previa petición del usuario, un informe complementario, y en su caso,, señalará nueva fecha a fin de presentar el informe adicional.

-Posteriormente, se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, en caso de llegarlo este se hará constar en acta, firmada por las partes.

En caso de no lograr la conciliación, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros invitará a las partes para que de común acuerdo la designen como árbitro en cualquiera de sus modalidades, para resolver su controversia.

-Si una de las partes no acepta dicha invitación se levantará acta, en la que se dejarán a salvo los derechos del reclamante, a efecto de hacerlos valer ante los tribunales competentes.

En este supuesto, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará a la afianzadora que registre el pasivo contingente que derive de la reclamación dando aviso de ello, en su caso, a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Dicho registro podrá ser cancelado por la afianzadora, bajo su estricta responsabilidad siempre que transcurridos 180 días naturales después de su anotación, el reclamante no haya hecho valer sus derechos ante los tribunales competentes o, en su caso, no ha iniciado el procedimiento arbitral previsto por la ley.

Asimismo, las afianzadoras podrán cancelar el pasivo cuando haya sido decretada la caducidad de la instancia, haya sido procedente la preclusión, haya procedido la excepción superveniente de prescripción, que haya sentencia ejecutoriada que absuelva a la afianzadora o cuando esta haya pagado al beneficiario.

4.3.2.2 Procedimiento Arbitral.

Si la invitación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, hecha en el sentido de que la designen árbitro para conocer y resolver la controversia prospera, dará lugar a la iniciación del procedimiento arbitral, previa la celebración del compromiso arbitral respectivo.

El arbitraje al que las partes pueden convenir someterse puede ser:

a) En amigable composición, en el cual el árbitro propuesto o la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, resolverá a verdad sabida y buena fe guardada la controversia planteada, fijando las partes de común acuerdo el objeto del arbitraje etapas, formalidades y términos del mismo. La importancia de este arbitraje consiste en que las partes delimitan la litis que se planteará al árbitro, con la consecuente limitación del conocimiento del árbitro.

b) Arbitraje en Estricto Derecho, en el cual el árbitro propuesto o la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, resolverá la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, determinando las etapas, formalidades, términos y plazos a que se sujetará el arbitraje, con arreglo a las reglas que determina la Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros en su artículo 75.

c) Arbitraje en Estricto Derecho con ampliación y reducción de términos; el cual se resolverá en la forma señalada en el inciso anterior, diferenciándose en lo relativo a los términos, los cuales podrán ser aumentados o reducidos, pero siempre atendiendo a las reglas que para el arbitraje impone la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

d) Arbitraje Privado, aquel que se ventila ante alguno de los árbitros propuestos por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Las reglas mínimas a que debe sujetarse el Arbitraje en Estricto Derecho, contempladas por el artículo 75 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros son, a saber:

-Etapa expositiva consistente en demanda, la que deberá presentarse en el plazo estipulado por las partes, el cual no podrá exceder de nueve días. Sin no hay convenio al respecto se entenderá que deberá presentarse dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración del compromiso arbitral.

En la demanda el beneficiario deberá acompañar los documentos base de la acción y las pruebas que a su derecho convengan.

-La contestación de demanda, se deberá presentar en el plazo estipulado por las partes, el cual no podrá exceder de nueve días. Sin no hay convenio al respecto se entenderá que deberá presentarse dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración del compromiso arbitral.

En la contestación de demanda, la afianzadora deberá presentar los documentos que justifiquen sus excepciones y defensas, así como aquellas pruebas que a su derecho convengan.

-La etapa probatoria, comprenderá cinco días para el ofrecimiento de pruebas y diez para su desahogo, el cual podrá ser ampliado atendiendo al caso específico por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

La etapa probatoria se encuentra sumamente limitada, pues el tiempo que la misma completa es corto.

Existen pruebas que requieren mayor tiempo para su preparación y desahogo, como la pericial, sin embargo, el legislador limita el plazo de dicha etapa sin razón práctica alguna.

Aunado a lo anterior, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros no señala que se debe hacer en el caso de pruebas que se desahoguen fuera del lugar donde se ventila el arbitraje, ni si se debe conceder un periodo extraordinario de prueba en dicha situación, pues la ley señala que concluido el plazo o la prórroga otorgada por el árbitro, sólo les serán admitidas las pruebas supervenientes, conforme a lo previsto en el Código de Comercio, pero nunca hace mención expresa de las probanzas de referencia, ni si se debe ordenar su práctica inmediata o su desechamiento.

En la ley de referencia, solo se reglamenta el caso al disponer que los exhortos y oficios se entregarán a la parte que ofreció la prueba, encargándose de diligenciarlos, y en el caso de no hacerlo, por causas imputables al oferente, a juicio del árbitro, se le tendrá por desistido del derecho que pretende ejercer. Lo correcto sería tener por desierta la prueba, pero esa no es la solución al problema planteado.

Sin embargo, en el compromiso arbitral celebrado por las partes si se hace mención del término extraordinario para el desahogo de pruebas.

-La etapa conclusiva de las partes se realiza en el plazo de ocho días comunes, dentro de los cuales las partes alegarán lo que a su derecho convenga.

En la práctica la fase de alegatos no tiene ninguna relevancia; el árbitro, y en su caso el juez, no están obligados a tomarlos en cuenta al emitir su opinión (laudo o sentencia respectivamente).

Por ello, no hay ninguna razón de peso para conservar dicho plazo. Este debería reducirse, en tanto que la dilación probatoria debe ampliarse.

-La etapa impugnativa reviste características específicas.

El laudo, así como las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución serán combatidos por el Amparo Indirecto (Artículo 78 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

Las demás resoluciones dictadas en el procedimiento arbitral, que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, se impugnarán a través del recurso de

revisión. El que se resolverá en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas (Artículo 79 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

-La etapa ejecutiva, prevista por los artículos 80 a 84 de la ley multicitada contempla los siguientes pasos:

La afianzadora, tendrá un plazo de quince días para cumplir el laudo. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, a fin de lograr el cumplimiento de sus laudos podrá valerse del auxilio de la fuerza pública. Para dicho objetivo la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros tendrá como medios de apremio las multas y el auxilio de la fuerza pública.

En caso de no ejecución de laudo, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará el remate de valores invertidos conforme a las prevenciones de ley.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, tiene facultades para verificar el cumplimiento del laudo. Para tal efecto requerirá al director general o al funcionario que realice las funciones de este de la afianzadora, para que acredite dentro de las setenta y dos horas siguiente el cumplimiento de dicha resolución. En caso de que la afianzadora no haya cumplido con el laudo, se hará acreedor a una multa, sin perjuicio de cumplir con dicho laudo. Lo anterior en términos de lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Será aplicables el Código de Comercio, a excepción del artículo 1235 (Relativo a la confesión realizada sin la presencia judicial) y a falta de disposición en dicho Código, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal con excepción del artículo 617 (relativo a la validez del compromiso arbitral aun de que no se fije el término del juicio arbitral).

Esta es, en forma amplia, con todas las etapas procesales posibles, el arbitraje que se tramita ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

4.3.3 Proceso Judicial de reclamación de pago. Juicio Especial de Fianza.

Hemos dicho que el beneficiario tiene dos vías para reclamar el pago de la fianza de empresa; en forma administrativa ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; o en forma judicial, precisamente ante autoridades judiciales.

La vía que se inicia es especial, diferente de la ordinaria, ejecutiva o la convencional.¹³⁴

El proceso judicial para reclamar el pago de la fianza de empresa, encuentra su regulación en el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las siguientes reglas procesales, siendo aplicables al juicio las instituciones procesales previstas en dichos ordenamientos.

La demanda se podrá presentar ante autoridades judiciales locales o ante autoridades judiciales federales.

La demanda deberá reunir los requisitos que fija el artículo 322 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Precepto que establece:

“Artículo 322. La demanda expresará:

I.- El tribunal ante el cual se promueva;

II.- El nombre del actor y el del demandado.

Si se ejercita acción real, o de vacancia, o sobre demolición de obra peligrosa o suspensión y demolición de obra nueva, o sobre daños y perjuicios ocasionados por una propiedad sobre otra, y se ignora quién sea la persona contra la que deba enderezarse la demanda, no será necesario indicar su nombre, sino que bastará con la designación inconfundible del inmueble, para que se tenga por señalado al demandado. Lo mismo se observará en casos análogos, y el emplazamiento se hará como lo manda el artículo 315;

III.- Los hechos en que el actor funde su petición, narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda producir su contestación y defensa;

IV.- Los fundamentos de derecho, y

V.- Lo que se pida, designándolo con toda exactitud, en términos claros y precisos.”

Los documentos en que el actor funde su acción deberán reunir las condiciones de presentación que prevén los artículos 323 y 324 del ordenamiento legal en cita, los cuales respectivamente establecen:

“Artículo 323. Con la demanda debe presentar el actor los documentos en que funde la acción. Si no los tuviere a su disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se mande expedir copia de ellos, en la forma que prevenga la ley, antes de admitirse la demanda. Se entiende que el actor tiene a

¹³⁴ Cfr. CASTILLO LARA. Op. Cit. p. 285

su disposición los documentos, siempre que legalmente pueda pedir copia autorizada de los originales.

Si el actor no pudiese presentar los documentos en que funde su acción, por las causas previstas en el artículo 213, antes de admitirse la demanda se le recibirá información testimonial u otra prueba bastante para acreditar los hechos por virtud de los cuales no puede presentar los documentos, y cuando esta prueba no sea posible, declarará, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no puede presentarlos.”

“Artículo 324. Con la demanda se acompañarán todos los documentos que el actor tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte, y, los que presentare después, con violación de este precepto, no le serán admitidos. Sólo le serán admitidos los documentos que le sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el demandado, los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda y aquellos que, aunque fueren anteriores, bajo protesta de decir verdad, asevere que no tenía conocimiento de ellos.

Con las salvedades del párrafo anterior, tampoco se le recibirá la prueba documental que no obre en su poder al presentar la demanda, si en ella no hace mención de la misma, para el efecto de que oportunamente sea recibida.”

Con la demanda, es conveniente denunciar el pleito al fiado para que lo manden llamar a juicio y, en su caso, le pare perjuicio la sentencia que se dicte. Si el actor no lo hace, seguramente lo hará la demandada, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, comentado líneas arriba.¹³⁵

Presentada la demanda, cumpliendo esta con los requisitos de ley, se emplazará a la afianzadora y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en un plazo de cinco días, los que aumentarán en razón de la distancia, siendo un día más por cada doscientos kilómetros o por la fracción que exceda de cien. Lo anterior, en términos del tercer párrafo del artículo 1075 del Código de Comercio, aplicable a dicho juicio en atención a la disposición del artículo 94, fracción VI, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La afianzadora tiene derecho a oponer las excepciones inherentes a la obligación principal, incluyendo aquellas causas de liberación de la fianza, siendo aplicable también el artículo 2812 del Código Civil Federal, transcrito líneas arriba.

La dilación probatoria será de diez días hábiles, cinco para ofrecimiento y cinco para desahogo de pruebas. Dilación en algunos casos insuficiente.

Concluida la dilación probatoria el actor tendrá tres días para alegar por escrito, y posteriormente tres días al demandado para alegar también por escrito.

La autoridad judicial tendrá un plazo de cinco días hábiles para dictar su sentencia.

¹³⁵ *ibidem*.

Contra dicha sentencia definitiva procede el recurso de apelación en ambos efectos, el cual se registrará por las reglas que para los de su especie señala el Código de Comercio.

Contra las demás resoluciones proceden los recursos que establece dicho ordenamiento, a saber: revocación, reposición, la aclaración de sentencia y, en su caso, la apelación en efecto devolutivo.

La ejecución de las sentencias se verificará, por conducto de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

El juez del conocimiento, deberá remitir las actuaciones necesarias a la citada Comisión a fin de que esta, requiera dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de las actuaciones a la afianzadora, a efecto de que verifique el cumplimiento de la sentencia dentro del plazo de tres días hábiles.

En caso de no comprobar la afianzadora dicho cumplimiento, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la institución, poniendo la cantidad correspondiente a disposición del juez del conocimiento.

Si existiera mandamiento de embargo en contra de la institución afianzadora, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros determinará los bienes de la afianzadora sobre los que se trabará embargo, dictando las reglas a las que deberá sujetarse el depósito de dichos bienes, en términos de lo dispuesto por el artículo 94, fracción V, inciso b) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Es de destacar el hecho de que en el juicio especial de fianza se restringe la facultad de la autoridad judicial, pues la ley mutila el imperio de estos, incapacitándolos para ejecutar sus sentencias, acudiendo al auxilio de autoridades administrativas en la forma prevista por la norma.

4.3.3.1 Reclamación judicial de fianzas otorgadas ante autoridades judiciales no penales.

Este supuesto, está contemplado por el artículo 94 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La reclamación de este tipo de fianzas se realizará en cualquiera de las formas señaladas por los artículos 93, 93 Bis y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a elección de los beneficiarios de las mismas.

Si dichas fianzas se hacen exigibles dentro de los juicios en los cuales fueron otorgadas, las mismas serán reclamadas por el beneficiario a través de un incidente, presentado ante la autoridad judicial del conocimiento, en los términos que para los incidentes prevé el Código Federal de Procedimientos Civiles.

A la demanda incidental, se deberán acompañar los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la Fianza, es decir, los documentos en donde consta la obligación principal y aquellos en donde consta el incumplimiento de dicha obligación.

Aquí también, se impone la carga del incumplimiento al beneficiario de la póliza, siendo esta situación a cargo del obligado principal, valiendo aquí los comentarios hechos al respecto al tratar la reclamación extrajudicial de la fianza.

4.3.4 Procedimiento de reclamación de pago para fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios.

El presente supuesto está contemplado por el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Dicho precepto regula los supuestos en los cuales las pólizas de fianzas sean expedidas a favor de las entidades de la administración pública, federal o estatal.

El procedimiento pone en evidencia la desigualdad de las partes, pues atribuye total imperio a la autoridad ejecutora, incluso en violación de las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Al respecto el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

“Artículo 95. Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 Bis de esta ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el reglamento de este artículo, excepto las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.”

Las entidades beneficiarias podrán hacer efectivas las pólizas de fianzas a través del juicio especial de fianzas, o a través de las reglas específicas que establece este artículo. Sin embargo, tratándose de fianzas que garanticen créditos fiscales, estas se harán efectivas a través de las reglas que determina el Código Impositivo, en específico las establecidas por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación.

“I. Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;”

Siempre que las afianzadoras otorguen este tipo de fianzas, deberán remitir a los beneficiarios de las mismas, copia de las pólizas respectivas.

“II. Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación;

La autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones legales que le resulten aplicables, procederá a requerir de pago, en forma personal, o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello;”

En caso de hacerse exigible una póliza de fianza, la autoridad respectiva enviará los documentos señalados en la disposición trascrita a la autoridad ejecutora, a efecto de que ella realice las gestiones tendientes a obtener el pago de la fianza.

En las pólizas de fianzas respectivas la afianzadora designa apoderados, los cuales deben estar facultados para recibir toda clase de requerimientos.

Dichos apoderados deben tener su domicilio en las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Es ante estos apoderados o representantes legales que la autoridad ejecutora presenta la documentación de referencia para obtener el pago de la fianza, o bien en los establecimientos de la afianzadora, que deben tener igual ubicación.

Los documentos que se deben acompañar, son aquellos relativos a la existencia de la fianza y la obligación por ella garantizada, así como aquella que justifique la exigibilidad de la obligación, repitiendo la ley el problema de la justificación de un hecho negativo, como lo es el incumplimiento.

La ley faculta a la autoridad ejecutora a formular el requerimiento de pago de manera motivada y fundada, requisitos que reviste todo acto de autoridad. Requerimiento que tiene importancia posterior.

Sigue diciendo el artículo 95 en cita:

“III. En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contado a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo;”

La presente fracción faculta a la autoridad ejecutora para apercibir a la institución fiadora, de cometer un acto de privación, el remate de valores, en caso de no cumplir en tiempo el requerimiento; acto de privación que requiere un juicio previo ante tribunales, lo que en el presente caso no se da.

“IV. Dentro del plazo de treinta días naturales, señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que cumplió con el requisito de la fracción V. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y fianzas se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado;”

Ante dicho requerimiento, la institución de fianzas debe acreditar, dentro del plazo de treinta días naturales que le otorga dicho requerimiento, ante la autoridad ejecutora:

a) Que hizo el pago de la fianza, o

b) Que demandó, en juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa la improcedencia del cobro.

En caso de no hacer lo anterior, la autoridad ejecutora solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas que se haga efectivo el apercibimiento hecho en el requerimiento, rematando en bolsa valores propiedad de la afianzadora, sin que haya mediado juicio alguno que pudiera provocar dicho cumplimiento forzoso.

La fracción V del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que:

“V. En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de treinta días naturales, señalado en la fracción II de este artículo, 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, a que se hace cita en la fracción II, primer párrafo de este artículo, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma; y”

La afianzadora que considere improcedente el cobro, que en principio debía ser la demandada, ahora se convierte en actora, inconformándose con el requerimiento de pago de

la fianza, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a través del juicio de nulidad.

En caso de ejercer dicha acción la autoridad suspenderá “el procedimiento de ejecución”, ejecución que no es previa a resolución alguna, por la falta de juicio al efecto; acción que se acreditará con copia sellada de la demanda correspondiente.

“VI. El procedimiento de ejecución solamente terminará por una de las siguientes causas:

“a). Por pago voluntario;”

La causa de terminación se da por la satisfacción de la pretensión de la autoridad ejecutora.

“b). Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;”

Se da la satisfacción de la pretensión de la autoridad ejecutora, cumplida coactivamente, en forma por demás viciada sin juicio previo alguno.

“c). Por sentencia firme del Tribunal fiscal de la Federación, que declare la improcedencia del cobro;”

No se satisface la pretensión de la autoridad ejecutora, por sentencia absolutoria del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, dada la procedencia de la acción (indebida) ejercitada por la afianzadora.

“d). Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

“Los oficios de desistimiento de cobro, necesariamente deberán suscribirlos los funcionarios facultados o autorizados para ello.”

La afianzadora se libera por el desistimiento de la autoridad ejecutora, la cual puede darse por el cumplimiento voluntario del deudor principal, entre otras causas.

Respecto de este procedimiento el Licenciado Arturo Díaz Bravo se ha pronunciado por su inconstitucionalidad, pues el crédito derivado de la fianza no es un crédito fiscal, sino una obligación contractual de derecho privado, siendo la autoridad un acreedor de derecho común. A la afianzadora se le juzga por una ley privativa y por un tribunal especial (la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).

El autor citado afirma con razón, que en dicho procedimiento la afianzadora se ve privada de sus propiedades, los valores, sin que haya mediado juicio alguno y un tribunal previamente establecido.

Ya en el juicio de nulidad, la ley invierte los papeles: asigna a dicha fiadora, que debía ser la demandada, el de actora, con lo cual arroja el impulso procesal y la carga de la prueba de un hecho negativo.¹³⁶

4.3.5 Procedimiento para hacer efectivas las fianzas otorgadas ante autoridades judiciales del orden penal.

La presente hipótesis se encuentra en el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Para el efecto de la presentación del fiado el juez de la causa requerirá, personalmente o por correo certificado con acuse de recibo a la afianzadora en cualquiera de sus oficinas o en las del apoderado designado más próximo al lugar donde ejerza sus funciones el juez de la causa.

Si dentro del plazo otorgado a la afianzadora no presenta a su fiado, el juez de la causa lo comunicará a la autoridad ejecutora federal o local, según sea el caso, a efecto de que proceda en los términos previstos en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, acompañando constancia de la diligencia de requerimiento.

Se entiende que la fianza es exigible desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado sin que lo haya hecho. (Artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)

4.4 Procesos de recuperación de la Institución Afianzadora.

Son aquellos procesos jurisdiccionales, por medio de los cuales las instituciones de fianzas obtienen el reembolso de las cantidades erogadas con motivo de la garantía asumida, en contra de los obligados principales de las obligaciones objeto de la garantía.

4.4.1 Subrogación.

De un modo general, hay subrogación cuando en una relación jurídica de dos términos, uno de ellos cambia sin que la relación misma se modifique. Pudiendo ser dicha subrogación personal, cuando un derecho, existente entre dos personas subsiste, aunque una de ellas sea substituida por otra.¹³⁷

También se dice que es legal, cuando se produce por disposición de la ley.

Esta clase de subrogación se da en la Fianza de Empresa.

¹³⁶ Cfr. DÍAZ BRAVO. Op. Cit. pp.216-217.

¹³⁷ GAUDEMET, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Primera Edición en Español. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1974. p. 490.

La subrogación, que se da cuando la afianzadora paga la obligación garantizada se encuentra en la disposición del artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual establece:

“Artículo 122. El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedido o le resulta imposible la subrogación.”

La medida de dicha subrogación será que la misma se produce sobre todos los derechos, acciones y privilegios del acreedor derivados de la obligación garantizada.

En caso de impedirse o resultar imposible la subrogación, tal situación acarreará la liberación total o parcial de la afianzadora.

Dependerá del caso concreto las disposiciones legales aplicables a la afianzadora para reclamar las cantidades erogadas, dependiendo de la obligación garantizada la vía y forma en que podrá exigirse al obligado principal el pago a la institución, pero, se insiste, atendiendo siempre al caso en particular.

4.4.2 Vía Ejecutiva Mercantil.

La afianzadora tiene expedito el derecho para reclamar el pago de las cantidades erogadas con motivo de la garantía a través de la vía ejecutiva.

El documento base de la acción que trae aparejada ejecución será aquel en donde se consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza, y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario. La certificación de referencia hará fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario.

Dicho documento será base de la acción para demandar la cantidad pagada al beneficiario de la póliza, así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Robusteciendo lo anterior, el artículo 124, fracción I establece:

“Artículo 124. En los casos de fianzas garantizadas mediante hipoteca o fideicomiso sobre inmuebles, las instituciones de fianzas podrán proceder a su elección para el cobro de las cantidades que hayan pagado por esas fianzas y sus accesorios:

“1. En la vía ejecutiva mercantil.

...”

4.4.2.1 Juicio Ejecutivo Mercantil de Recuperación.

Este juicio ejecutivo, tiene reglas particulares y tiene como finalidad no solo recuperar las cantidades erogadas por la afianzadora, sino garantizar la posible erogación de cantidades por parte de la afianzadora antes o durante la reclamación judicial o extrajudicial del pago de la fianza.

Dicho juicio está regulado por los artículos 97 al 99 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Se da acción contra el fiado, solicitante, contrafiador y obligado solidario antes de que la afianzadora haya pagado, a fin de exigirles que garanticen con prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades que la afianzadora posiblemente tenga que erogar cuando:

- a) Se les haya requerido a estas judicial o extrajudicialmente el pago de la fianza;
- b) Cuando la obligación garantizada sea exigible, aun de no existir requerimiento alguno;
- c) Cuando haya riesgo de que alguno de los obligados quedare insolvente, en virtud de un menoscabo en sus bienes;
- d) Cuando alguno de los obligados haya proporcionado a la afianzadora datos falsos respecto a su solvencia o domicilio;
- e) Cuando la afianzadora acredite que alguno de los obligados incumplió obligaciones de terceros, de modo que corra riesgo de perder sus garantías; y
- f) En los demás casos previstos por la ley. (Artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La afianzadora tiene acción contra el solicitante, fiado, contrafiadores u obligados solidarios para obtener el secuestro precautorio de bienes antes de haber pagado, acreditando alguno de los supuestos señalados líneas arriba.

Dicha acción se ejercita por la afianzadora antes del juicio, en la demanda o después de iniciado el juicio respectivo.

En el caso de solicitar dicho secuestro antes de presentar la demanda, la solicitud deberá realizarse en la forma prevista en el Código de Comercio.

Si durante el procedimiento la afianzadora hace pago de una reclamación derivada de la fianza o fianzas por las que promovió el juicio, y si se decretó el secuestro

precautorio, la afianzadora podrá elegir cualquiera de los procesos de recuperación, si el juicio no ha concluido o bien elegir el señalado a continuación.

La afianzadora comunicará al juez el pago efectuado, y demandará el reembolso de lo pagado y sus accesorios al fiado o a los obligados solidarios demandados y embargados, acompañando copias de traslado y el documento señalado por el artículo 96 de la Ley multicitada, solicitando al juez que declare que el embargo precautorio adquiera el carácter de definitivo, por el monto pagado y sus accesorios. Continuando el procedimiento correspondiente. (Artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)

Si el embargo recae sobre bienes embargados precautoriamente, la afianzadora conservará respecto a los demás acreedores el mismo lugar que tenía el embargo precautorio, retrotrayéndose los efectos del embargo definitivo a la fecha del embargo precautorio. (Artículo 99 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)

4.4.3 Vía Hipotecaria.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas otorga acción a la afianzadora para recuperar las cantidades erogadas con motivo de la fianza.

El artículo 124, fracción II plantea esta posibilidad estableciendo:

“Artículo 124. En los casos de fianzas garantizadas mediante hipoteca o fideicomiso sobre inmuebles, las instituciones de fianzas podrán proceder a su elección para el cobro de las cantidades que hayan pagado por esas fianzas y sus accesorios:

I...

II. En la vía hipotecaria; y”

El juicio respectivo se tramitará conforme a las reglas de los ordenamientos procesales de las respectivas entidades federativas.

En el caso del Distrito Federal regirán a dicho juicio las disposiciones de los artículos 468 a 488 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, siendo aplicables en razón del envío directo que hace a esta vía la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que no puede tramitarse en forma distinta.

4.4.4 Venta de Inmuebles.

Como último proceso de recuperación de la Institución Afianzadora el artículo 124, fracción II faculta a esta a realizar la venta de inmuebles, fijando dicho precepto las reglas a las que habrá de sujetarse dicha enajenación.

La afianzadora, bajo su estricta responsabilidad solicitará a un corredor público, o en su caso a la institución fiduciaria, que realice la venta de los bienes dados en garantía, previo avalúo de una institución de crédito, o tomando como referencia el valor convencional atribuido a los bienes, lo que resulte mayor. El avalúo no tendrá una antigüedad mayor de tres meses.

El inicio de la venta se notificará al propietario de los bienes por medio de carta certificada con acuse de recibo por medio de notario, corredor público o a través de la vía de jurisdicción voluntaria.

El propietario de los bienes tendrá un plazo de cinco días hábiles siguientes a la notificación para oponerse a la venta. Al efecto comparecerá ante el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes o ante el juez competente del domicilio de la afianzadora, haciendo valer las excepciones que tuviere.

Con el escrito de oposición se correrá traslado a la afianzadora y a la fiduciaria, por tres días para que se suspenda la venta de los bienes.

El término de prueba, de ser necesario, será de diez días para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo.

Acto seguido el juez citará a una junta dentro de los tres días siguientes, para que las partes aleguen lo que a su derecho convenga.

Dentro de los cinco días siguientes a dicha junta, el juez pronunciará su resolución, la cual podrá ser apelada solo en el efecto devolutivo.

De ser considerada infundada la oposición, se notificará a la afianzadora y a la fiduciaria para que procedan a la venta de los bienes, condenando por este hecho al propietario a los gastos y costas de la instancia.

El bien se adjudicará al comprador que mejores condiciones ofrezca, mediante la escritura pública correspondiente que firmará el deudor o si se negare este el juez, previa solicitud de la afianzadora o fiduciaria.

Si no hay comprador, el corredor o fiduciario formulará una convocatoria la que se publicará en el Diario Oficial de la Federación o en alguno de los periódicos de mayor circulación donde se encuentren ubicados los bienes, para que en un plazo de diez días naturales a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, en pública subasta se venda el inmueble al mejor de los postores sirviendo de precio base el avalúo realizado o el valor convencional del inmueble con un descuento del 20%. De ser necesario, con el mismo procedimiento se llevarán a cabo las convocatorias siguientes con el descuento mencionado sobre el precio base señalado.

Si no hay postores, la afianzadora podrá adjudicarse el bien, a un precio igual al que sirvió de base en cada almoneda.

El producto de la venta será entregado a la afianzadora, a fin de que recupere las cantidades que haya erogado. Si hay algún remanente se pondrá a disposición del fideicomitente y, en su caso, se hará la consignación respectiva con la documentación relativa.

Se aplicará supletoriamente al presente proceso el Código Federal de Procedimientos Civiles. En todo momento la afianzadora estará obligada a respetar los derechos de los acreedores preferentes. (Artículo 124, fracción III de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Por último, cabe destacar que el presente proceso es identificado por la ley como el de venta de inmuebles, sin embargo, dicho proceso contempla no la venta sino la enajenación. No es venta, pues de considerarse infundada la oposición no interviene la voluntad del propietario de los bienes para la adjudicación de los mismos y en la venta, producto de la compraventa es indispensable la expresión de la voluntad del propietario, lo cual no ocurre en la especie.

PROPUESTA

En vista del estudio que realizamos, se propone la reforma a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 93, fracción I, en virtud de que se considera que dicho precepto legal impone al beneficiario de la Fianza, para la procedencia de la reclamación del pago de la misma, el acreditamiento de un hecho negativo, como lo es el incumplimiento de la obligación garantizada.

En efecto, como se hizo mención en el apartado 4.3.1.1 relativo a la Presentación de la Reclamación, dicho precepto obliga al beneficiario de la Fianza a acreditar dos extremos, por un lado la existencia de la obligación garantizada, y por el otro, la comprobación de la exigibilidad de dicha obligación, es decir, el incumplimiento de la misma.

De dicho precepto legal se desprende que la carga del acreditamiento del incumplimiento de la obligación garantizada le corresponde al beneficiario, lo cual a la luz de los principios del Derecho Procesal no le corresponde, pues se estima que el incumplimiento es un hecho negativo, el cual no está obligado a probar.

La reclamación ante la institución afianzadora a pesar de no ser un proceso judicial encuentra su regulación en la ley, razón por la cual deben entenderse aplicables también a dicha reclamación los principios rectores del Derecho Procesal, por ser la norma jurídica la que fundamenta y determina las etapas de la misma.

Por tal razón, se propone la modificación de dicho precepto legal, a fin de que el beneficiario de la Fianza de Empresa tenga como cargas la comprobación de la relación jurídica que le ha sido garantizada, así como su calidad de beneficiario de la misma, sin que se le exija la comprobación del incumplimiento de la obligación garantizada, por considerarse este último un hecho negativo.

CONCLUSIONES

1. El primer indicio de la existencia del contrato de Fianza lo encontramos en una tablilla de la Biblioteca de Sargón I de Akkad, Rey de Sumer y Akkad, aproximadamente en los años 2568 a 2613 a.C. La regulación sistemática del contrato de Fianza la encontramos en el Derecho Romano, en el cual existió dicho contrato, formando parte de los contratos *verbis*, derivada de una *Stipulatio*, desarrollándose primero como la *Sponsio*, luego la *Fideipromissio* y, por último la *Fideiussio*. Teniendo aquí su origen los beneficios de orden y excusión.

2. La etapa moderna del contrato de Fianza comienza en España, tras la promulgación del Código de Eurico y el Fuero Juzgo del siglo VII, y por lo que se refiere a la Fianza de Empresa, la misma empieza su desarrollo en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica. En Inglaterra en 1840 se forma la “Sociedad de Garantía de Londres”.

3. La primera regulación civil nacional en materia de afianzamiento se da con el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1870, y por lo que se refiere a la primera regulación nacional de la Fianza de Empresa se da en 1895, en virtud del Decreto que autoriza al Ejecutivo de la Unión para otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a practicar operaciones de caución para el manejo de funcionarios y empleados públicos, de 3 de junio de 1895. Asimismo, la primera regulación específica de la Fianza de Empresa se da a través de la Ley Sobre Compañías de Fianzas, del 24 de mayo de 1910, y por lo que se refiere a la actual regulación en materia de afianzamiento de empresa, esta se da en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, del 29 de diciembre de 1950.

4. En la Fianza de Empresa la capacidad para contratar por parte del fiador, deriva de la autorización otorgada discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a una sociedad anónima de capital fijo o variable, para operar como institución afianzadora, requiriéndose la forma escrita para efectos de la contratación de la póliza, la cual constituye un elemento *ad solemnitatem*, así como *ad probationem*, contratos que estarán sujetos a la supervisión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y a su revisión, por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

5. En la Fianza de Empresa intervienen la afianzadora, el fiado, el beneficiario, el obligado solidario y el agente de fianzas, siendo siempre onerosa.

6. Los diferentes ramos que puede revestir la Fianza de Empresa son a saber: Fianzas de Fidelidad, Fianzas Judiciales, Fianzas Administrativas, Fianzas de Crédito y Fideicomisos de Garantía, en las que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión.

7. El concepto de obligación mercantil distinto al de la obligación civil es inexistente. El régimen legal aplicable a las obligaciones mercantiles es el establecido por el derecho común, con las salvedades establecidas en la legislación mercantil. Asimismo los supuestos que establece la legislación común y la doctrina civil respecto a quienes

pueden actuar como solvens y accipiens, son totalmente aplicables a las obligaciones de carácter mercantil.

8. Las indemnizaciones por mora establecidas por la legislación mercantil son más gravosas que las contempladas por la legislación común, en razón de que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del coestipulante de una obligación derivada de un acto de comercio es mayor, dado el carácter de lucro, de especulación comercial que dichos actos reportan. Las obligaciones mercantiles dinerarias se solventan entregando moneda nacional.

9. En la Fianza de Empresa, una vez que la obligación principal se vuelve exigible, y no se verifica el pago de la misma, surge la necesidad del beneficiario de la Fianza de hacer efectiva la garantía; primero a través del procedimiento extrajudicial de reclamación de pago, posteriormente a través del procedimiento administrativo o judicial de reclamación de pago.

El procedimiento administrativo de reclamación de pago se ventilará a través de la conciliación y, en su caso, del arbitraje en cualquiera de sus modalidades, ventilados ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, y por lo que se refiere al proceso judicial de reclamación de pago, el mismo se ventilará ante autoridades judiciales locales o ante autoridades judiciales federales, a elección del actor.

10. Hecho el pago por la Afianzadora, a esta le asiste el derecho a recuperar lo pagado, a través de la subrogación, de la vía ejecutiva mercantil, el juicio ejecutivo mercantil de recuperación, en su caso en la vía hipotecaria, o a través de la venta de inmuebles. Dichas formas de recuperación se otorgan a la afianzadora, la cual no solo podrá recuperar las cantidades erogadas por la garantía asumida, sino a su vez garantizar la posible erogación de cantidades por parte de la afianzadora antes o durante la reclamación judicial o extrajudicial del pago de la Fianza.

BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 4a. Edición. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. México. 1997.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉZ. Derecho Romano. Segundo Curso. 13ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.
- CARVALLO YAÑEZ, Erick y Enrique LARA TREVIÑO. Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 2000.
- CASTILLO LARA, Eduardo. Juicios Mercantiles. En Biblioteca de Derecho Mercantil. Volumen 1. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México. 1999.
- CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Fianza de Empresa. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela Nacional de Jurisprudencia. México. 1950.
- CHIRINO CASTILLO, Joel. Derecho Civil III. Contratos Civiles. 2ª. Edición. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México, S. A. De C.V. México. 1996.
- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros. Fianzas. Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Grupos Financieros. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.
- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. 20ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. Reimpresión de la 6a. Edición. Editorial Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. México. 1997.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo. Derecho Privado Romano. 15ª. Edición. Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México. 1988.
- GARRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 9a. Edición. 2a. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.
- GAUDEMET, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Primera Edición en Español. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1974.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 12a. Edición. 2a. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 29ª. Edición. 6ª. Reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.

MARTÍNEZ GIL, José de Jesús. Manual Teórico Práctico de Seguros. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.

MOLINA BELLO, Manuel. La Fianza. Cómo garantizar sus operaciones con terceros. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México, S.A. de C.V. México. 1994.

OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1987.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. 10a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. 6a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. 24ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C. V. México. 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. III. Teoría General de las Obligaciones. 21a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafaél. Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto. Contratos. Volúmen II. 6ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1997.

RUÍZ RUEDA, Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. Crítica y Anteproyecto. 1ª. Edición hecha por el autor. México. 1960.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 17a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1999.

SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil. 13a. Reimpresión. Editorial Grupo Limusa Noriega Editores, S.A. de C.V. México. 1995.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. 8a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1998.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Derecho Monetario Mexicano. Editorial Harla, S.A. de C.V. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 1991.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 7a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México. 1998.

LEGISLACIÓN

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

DIRECCIÓN ELECTRÓNICA

<http://www.cnsf.gob.mx/igfz.htm>, del 22 de marzo de 2001.