

00721
412



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

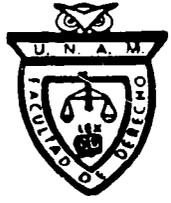
FACULTAD DE DERECHO

... a la Dirección General de Bibliote...
... a difundir en formato electrónico e imp...
... elctido de mi trabajo receptor:
NOMBRE: Armando Hernández

FECHA: 20/03/03

LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA

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



MEXICO, D. F.

3003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

El alumno, ARMANDO HERNANDEZ RUIZ, realizó bajo la supervisión del suscrito el trabajo titulado: "LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, a 18 de septiembre del año 2000

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE LA FACULTAD

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
AFMP/mrc.

LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA

A MIS PADRES QUE EN PAZ DESCANCEN:

Por su apoyo, por su amor y fé de creer en mí sin condición alguna, que me ofrecieron en el desarrollo de mi carrera profesional y personal, no importando los resultados que obtuvieses, porque siempre estuvieron conmigo.

En verdad les agradezco infinitamente sus comprensiones, toda vez que sin éstas no hubieses sido posible concluir mi primer etapa como profesionista.

GRACIAS

D

INTRODUCCION

Toda comunidad para su crecimiento y desarrollo económico normalmente requiere de financiamiento a corto o largo plazo a tasas de interés atractivas, y si se puede sin comisiones, pero las instituciones de crédito requieren a su vez que tales créditos sean recuperables, para lo cual solicitan a sus acreditados le garanticen o aseguren el pago de los mismos.

En virtud de lo anterior, consideré oportuno realizar la presente obra, con el fin de que llegue a ser un instrumento de apoyo y de consulta para los abogados que pudieran participar en proceso de constitución de garantías en las operaciones de crédito general que lleguen a formalizarse en el ámbito bancario.

Esta obra se divide en tres capítulos. En el primero se mencionan algunos antecedentes históricos de la actividad bancaria en Europa y México, se analizan el concepto de Derecho Bancario, características del servicio bancario, integración del sistema bancario mexicano, para ubicar a las instituciones de crédito como entidades de financiamiento. También en este capítulo se estudia la clasificación de las operaciones bancarias, para identificar las operaciones que pueden ser garantizadas por los posibles acreditados.

En el capítulo segundo se analizan los contratos de garantía desde diversos puntos de vista: Accesoriedad, objeto del contrato, sujetos de la relación y la naturaleza de la garantía, su

clasificación de los contratos de garantía según su fuente de creación, naturaleza y materia.

Posteriormente en el capítulo tercero se analizan las garantías que se constituyen en la práctica bancaria, en materia civil, mercantil, bancaria, bursátil y determinadas figuras afines, que aún cuando jurídicamente no son garantías se aceptan como si lo fueran.

En la parte final se incluyen las condiciones de la investigación en materia de garantías en los financiamientos bancarios.

Armando Hernández Ruiz

TR

LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

1. DISPOSICIONES GENERALES

1.1	ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ACTIVIDAD BANCARIA	1
1.2	CONCEPTO DE DERECHO BANCARIO	8
1.3	CARACTERISTICAS DEL SERVICIO BANCARIO	10
1.4	INTEGRACION DEL SISTEMA BANCARIO MEXICANO	16
1.5	CLASIFICACION DE LAS OPERACIONES BANCARIAS	25

CAPITULO SEGUNDO

2. LOS CONTRATOS DE GARANTIA

2.1	ANALISIS DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA	31
	◆ SU ACCESORIDAD	31
	◆ EL OBJETO DEL CONTRATO	32
	◆ LOS SUJETOS DE LA RELACION	32
	◆ LA NATURALEZA DE LA GARANTIA	33

2.2	CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA	33
2.2.1	SEGUN SU FUENTE DE CREACION	33
	♦ LEGALES O NATURALES Y CONVENCIONALES	34
2.2.2	SEGUN SU NATURALEZA	35
	♦ REALES O PERSONALES	35
2.2.3	SEGUN SU MATERIA	36
	♦ CIVILES, MERCANTILES, BANCARIAS Y BURSATILES	36
2.3	OTROS CONTRATOS DE GARANTIA	37
2.3.1	COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS	37
	♦ OPCIONES Y FUTUROS	38

C A P I T U L O T E R C E R O

3.	LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA	
3.1	CRITERIOS INSTITUCIONALES	40
3.2	LAS GARANTIAS EN MATERIA CIVIL	41
	3.2.1 OBLIGACION SOLIDARIA	41
	3.2.2 FIANZA PERSONAL	43
	3.2.3 HIPOTECA	53
3.3	LAS GARANTIAS EN MATERIA MERCANTIL	71
	3.3.1 AVAL	71
	3.3.2 PRENDA MERCANTIL ORDINARIA	75
	3.3.2.1 PRENDA SIN TRANSMISION DE POSESION	86
	3.3.3 FIANZA INSTITUCIONAL	87

3.3.4	GARANTIAS EN LOS CREDITOS A LA PRODUCCION	92
3.4	LAS GARANTIAS EN MATERIA BANCARIA	98
3.3.1	PRENDA BANCARIA	98
3.3.2	HIPOTECA INDUSTRIAL	101
3.3.3	FIDEICOMISO EN GENERAL	104
3.5	LA GARANTIA EN MATERIA BURSATIL	115
3.3.1	CAUCION BURSATIL	115
3.6	FIGURAS AFINES	118
3.6.1	STAND BY	118
3.6.2	GARANTIAS CONTRACTUALES O BONDS	123
3.6.3	CARTA GARANTIA	126
3.6.4	COMFORT LETTER	128

CONCLUSIONES	131
---------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	136
---------------------	-----

LEGISLACION CONSULTADA (SIGLAS)	139
--	-----

4

CAPITULO PRIMERO

1. DISPOSICIONES GENERALES

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

Como otras actividades humanas, la relativa a la banca, tiene una larga historia que, se puede afirmar, está muy ligada en sus orígenes a los pueblos asentados en la Cuenca Mediterránea y posteriormente a los pueblos europeos; aún cuando en nuestros días, es un fenómeno que se observa en todos los países del mundo. Los orígenes más remotos, los ubican los autores en el Medio Oriente y específicamente en Babilonia. Se cree que es el intercambio de cosas, que producen unos pueblos y necesitan otros, lo que dio origen a muchas industrias y al comercio mismo.¹

Los historiadores dicen que aproximadamente 2,000 años a.C. se iniciaron en Babilonia operaciones bancarias sencillas, con los préstamos que se hacían en el interior de los templos y que se expresaban en tablillas de barro cocido, en las que se marcaban, mediante símbolos, las características de esas operaciones. Esta misma actividad la encontramos en Egipto y en Grecia.

El concepto de banca no proviene del latín², toda vez que en este idioma se utilizaba la palabra *argentaria-ae*³ para referirse al cambista que asemejaba a

¹ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, Porrúa, México, Octava Ed., 2000, p.36.

² Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Primera Ed., Textos Jurídicos Bancomer, 1997, p.35.

³ Macchi, Luis, *Diccionario de la Lengua Latina*, Buenos Aires, Don Bosco, 1958.

un banco y, en ocasiones para referirse al *trapezia-ae* que era un prestamista o comerciante del dinero, por lo que el concepto de banco o banca, proviene del vocablo germánico *bank*, que de acuerdo con el *Black's Law Dictionary*⁴, puede tener el sentido de *bench o seat*, es decir, banco o asiento.

Los *argentaria-ae* empezaron a desarrollar la función de banca en Roma, y estaban vigilados por el prefecto de la ciudad, lo que para algunos constituye el antecedente de la vigilancia de la banca por parte del Estado.⁵

Durante la edad media las operaciones bancarias que adquirieron gran desarrollo en Roma, tuvieron una declinación por considerar que la usura era pecado. Los únicos traficantes de dinero y crédito fueron los judíos y los italianos originarios de los estados lombardos, que dieron lugar a una serie de operaciones que adquirieron su nombre, como el *préstamo lombardo*.

El Banco de Venecia en 1171, es uno de los antecedentes históricos más importantes, ya que en esa época, a pesar de existir la prohibición por parte de la iglesia católica de cobrar intereses sobre los préstamos, se otorgaron créditos en los que se capitalizaban los intereses para financiar la guerra entre Venecia y Bizancio.⁶

También el movimiento de las cruzadas contribuyó al renacimiento de la actividad bancaria, creó un orden religioso militar, que adquirió grandes riquezas al recibir depósitos, ofrecer cajas fuertes para la guarda y prestamos a terceros.⁷

⁴ Nolan, Joseph and Nolan-Haley, Jacqueline, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1990.

⁵ Acosta Romero, Miguel, *Ob. cit.*, p.41.

⁶ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, México, Harla, 1992, tomo II, p.488.

⁷ Giorgana y Frutos, Victor M., *Curso de Derecho Bancario y Financiero*, Porrúa, 1ra. Ed., México, p.22.

La evolución de los bancos durante los siglos XVII a XIX fue acelerada, surgieron los bancos de emisión, siendo el primero el de Estocolmo en 1650, que en su origen fue privado, para ser después público como Banco Real. En 1694 se funda el banco de emisión inglés, considerado como el primer banco de emisión moderno, y que además de emitir billetes fue banco de descuento.

A partir del siglo XIX la operación bancaria adquiere nuevos perfiles, en donde se empieza a trabajar sobre los depósitos del público, que en un principio simplemente se entregaban para su guarda y conservación y, posteriormente, empieza a utilizarse en préstamos lucrativos a terceros; que es la característica de la banca moderna, es decir, la mediación profesional y masiva entre aquellos que poseen dinero y no lo necesitan, y aquéllos que lo necesitan para invertirlo en el proceso productivo industrial o de circulación comercial o bien, para la adquisición de bienes de consumo duradero.

Respecto de los antecedentes de la banca en México, el jurista Mario Bauche Garciadiego opina que *los primeros vestigios del crédito se remontan hacia los aztecas, en donde efectuaban importantes operaciones de crédito, y más aún la acuñación de moneda; sin embargo, no existieron bancos, ni instituciones de crédito como los de hoy en día.*⁸

Acosta Romero señala que *los antecedentes están en la época colonial. El crédito se ejercía principalmente por los comerciantes durante esta época. En 1784 se creó el Banco de Avío de Minas, cuya función principal era el otorgar créditos a mineros, pero fue tan corta su duración y escasos los resultados que desapareció a finales del siglo XIX.*⁹

⁸ Bauche Garciadiego, Mario, *Operaciones Bancarias, Pasivas y Complementarias*, Ed. Porrúa, México, 1974, p.19.

Concluida la independendencia surgen dos bancos que son el antecedente de las instituciones de crédito y que son el *Banco del Avío* y el *Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre*. Entre la aparición de estas instituciones y las que se establecieron, con posterioridad, el crédito fue ejercido por agiotistas, casas comerciales y casas de empeño.

A fines del siglo XIX proliferaron una serie de bancos, entre los que se pueden contar el *Banco de Londres, México y Sudamérica* que, se estableció como una sucursal en México el *22 de junio de 1864*. Posteriormente, se establecieron diversas instituciones en las entidades federativas, y el Gobierno Federal otorgó concesión para el *Banco Nacional Mexicano en 1881*, y para el Banco Mercantil de origen español en 1882. Ambas instituciones se fusionaron en 1884 formando el Banco Nacional de México.

En 1897 se expidió la primera Ley Bancaria, que se llamó *Ley de Instituciones de Crédito*; sin embargo, presentaba una serie de crisis la banca mexicana que se acentuaron con la Revolución de 1910. Posteriormente se establecieron las bases para el Moderno Sistema Bancario Mexicano, que empieza con la promulgación de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924*. En este año se funda la Comisión Nacional Bancaria y el año inmediato siguiente el Banco de México, que nació como banco de depósito y descuento y como instituto único central, facultado para emitir moneda, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 28 constitucional.

Miguel Acosta Romero en su obra *La Banca Múltiple*, apunta que a partir de la Ley de 1924, se emitieron otras legislaciones que regularon la materia, como fueron la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926*, la *Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de julio de 1932*, la

⁹ Acosta Romero, Miguel, *Ob. cit.* p.66.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, las Leyes Reglamentarias del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 y de 1985, y la que actualmente rige al sistema bancario mexicano que es la Ley de Instituciones de Crédito de 17 de julio de 1990.

Entre otros antecedentes del Derecho Bancario, encontramos que el 1 de septiembre de 1982 por Decreto del Ejecutivo Federal, José López Portillo, publicado el mismo día en el DOF, se nacionalizó la banca privada a excepción del Banco Obrero, S.A. y del City Bank N.A., no se nacionalizaron las organizaciones auxiliares de crédito, ni las oficinas de representación.

La nacionalización de la banca no se dio como una decisión únicamente política, sino como una respuesta de una situación difícil ante la cual, como en otras épocas, debía tomar el Gobierno el control del sistema.¹⁰

Posteriormente, en un Decreto de *6 de septiembre de 1982* se considera a los bancos privados como Sociedades Nacionales de Crédito. En la Ley que regula el Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial el *31 de diciembre de 1982*, se considera también a tales instituciones como Sociedades Nacionales de Crédito.

El 2 de mayo de 1990 el Presidente de la República envió una iniciativa al Congreso de la Unión para modificar los artículos 28 y 123 de nuestra carta magna. El objetivo de esta iniciativa era ampliar la participación de los servicios privado y social en el capital de los bancos. Este proceso se cumplió el 27 de junio del mismo año. El 28 de junio el Presidente también envió un paquete de leyes financieras al Congreso. En este paquete se incluían la LIC, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y un Decreto por el que se

¹⁰ Villegas H., Eduardo y Ortega O., Rosa Ma., *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Ed. Pac, 2da. Ed., México, p.31.

modificaban y adicionaban diversas disposiciones de la LMV. El 18 de julio del mismo año 1990 se publicó en el DOF la nueva LIC.¹¹

El objeto de la nueva LIC como lo dispone su Artículo 1o., es regular el servicio de banca y crédito, la organización de las instituciones de crédito, las actividades que las mismas podrán realizar, regular su sano y equilibrado desarrollo, proteger los intereses del público y determinar los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano, el cual estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desarrollo de las funciones que la ley encomienda al Banco de México con tal carácter se constituyan, según el Artículo 3o.

Esta nueva Ley dispuso la transformación de las sociedades nacionales de crédito de banca múltiple, en sociedades anónimas, y señaló las bases para la organización y funcionamiento de las mismas.¹²

Conforme a la nueva legislación, se puede decir que en la actualidad se esta viviendo la etapa de la *banca universal*, mediante la cual se pueden prestar servicios de intermediarios financieros bancarios y no bancarios, toda vez que pueden existir grupos financieros, que pueden estar integrados por una sociedad controladora y cuando menos por tres de las entidades financieras siguientes: instituciones de banca múltiple, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, casas de bolsa, casas de cambio, empresas de factoraje financiero, instituciones de fianzas, instituciones de seguros,

¹¹ Villegas H., Eduardo y Ortega O., Rosa Ma., *Ob. cit.*, p.85.

¹² Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Oct. Ed., Porrúa, México, 1997, p.28.

operadoras de sociedades de inversión y administradoras de fondos para el retiro.

1.2 CONCEPTO DE DERECHO BANCARIO

La actividad bancaria se presenta en todas nuestras tareas cotidianas sociales, por ejemplo se encuentra en la economía del hogar, en la de grandes empresas y en la del Estado.

Los problemas monetarios, los cambios, la ejecución de pagos, las diversas operaciones de crédito, la captación de capitales en las más diversas fuentes, y su distribución, según las más variadas necesidades, están íntimamente relacionados con la actividad bancaria.¹³

Vivante definió al banco como un establecimiento comercial, que recoge los capitales ociosos para distribuirlos sistemáticamente en operaciones de crédito. Garriguez dice que banco es la empresa mercantil que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos, y derecho bancario lo conceptualiza diciendo que es la rama del derecho mercantil que regula a las empresas que tienen por objeto la intermediación profesional en el mercado del dinero y del crédito, y las operaciones que realizan.

Ahora bien, la relación entre los bancos y el Estado se regula por disposiciones de derecho público, pues cae en el ámbito del derecho administrativo, pero la de los bancos con su clientela y usuarios, se regula por disposiciones de derecho privado, es decir hay un desdoblamiento en la aplicación del Derecho Bancario, según se trate de la relación a que se aplique.

Efectivamente participan normas de derecho público porque regulan las relaciones jurídicas entre el Estado y los bancos como particulares. El Estado interviene como autoridad ante el particular, actuando éste en subordinación

del Estado, conforme al derecho. Por ejemplo, corresponde a la SHCP, según la LOAPF, entre otras, planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito.

En todas estas funciones el Estado interviene en su calidad de autoridad, constituyendo también como Derecho Público todo el conjunto de normas reguladoras de dichas funciones.

Otro ejemplo del por qué forma parte del derecho público, es que existen disposiciones que facultan al Poder Ejecutivo Federal para otorgar o revocar la autorización a los particulares para constituir y operar como intermediario financiero bancario o bien para que el propio Ejecutivo constituya una institución de banca de desarrollo.

Por otro lado, y como ya se dijo, existen normas de derecho privado que regulan las relaciones entre particulares, o bien entre el Estado y el particular en un plano de igualdad. Por ejemplo, hay normas que establecen que las instituciones de banca múltiple, deben constituirse como sociedades anónimas de capital fijo; normas que regulan lo relativo a los títulos de crédito y contratos mediante los cuales los intermediarios financieros bancarios instrumentan las operaciones con motivo de la prestación del servicio de banca y crédito.

En la relación entre banco y cliente, que pudiera decirse sería privada, no prevalece la autonomía de la voluntad, por lo menos en México; por ejemplo, en las operaciones pasivas de los bancos, las partes no pueden fijar los plazos, las tasas de interés, los instrumentos de captación del ahorro público y ni siquiera pueden redactar los contratos, ya que todas las circunstancias son

¹³ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.1.

establecidas por vía de autoridad, por el Instituto Central y no pueden ser modificadas, por la voluntad de los particulares. Confirma esto la nueva legislación bancaria, en la que ya se establece en forma definitiva que las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen los bancos, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley del Banco de México y a las medidas que dicte el propio Instituto Central, esto con fundamento en el artículo 48¹⁴ de la LIC, en relación con la Ley del Banco de México¹⁵.

El Derecho Bancario también es influido por algunas normas de derecho social, que se fundan en la justicia social, y que en opinión de Miguel Villoro Toranzo, es aquella especie de justicia *destinada a proteger la dignidad humana de aquellos miembros de la sociedad que, por su debilidad económica y cultural, no pueden tratar de igual a igual a los miembros económicamente poderosos*¹⁶.

En este rubro, un ejemplo serían las disposiciones relativas a la protección de los intereses del público, por medio de la revisión de los contratos de adhesión que utilizan los bancos, y donde instrumentan sus operaciones. La CNBV revisa dichos formatos con el objeto de verificar que tales instrumentos no contengan estipulaciones confusas o arbitrarias en perjuicio del público.

1.3 CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO BANCARIO

¹⁴ Artículo 48.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicios, así como las operaciones de oro, plata y divisas que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia...

¹⁵ Acosta Romero, Miguel, *Ob. cit.* p.98.

¹⁶ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1996, p.219.

Las leyes reglamentarias del servicio público de banca y crédito, previas a la LIC, no definían al servicio de banca y crédito, que lo consideraban público por haber sido una función exclusiva del Estado.

El párrafo segundo del Artículo 2o. de la LIC, define al servicio de banca y crédito como ***la captación de recursos del público, en territorio nacional, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.***

El pasivo directo se entiende como la obligación que adquiere el intermediario frente al depositante o inversionista con motivo de la realización de los actos jurídicos cuyo objeto es la captación de recursos financieros, en que el intermediario asume en forma directa la obligación de pago. Por ejemplo, se pueden mencionar a los depósitos bancarios de dinero a la vista, a plazo, o los préstamos o créditos que la clientela hace a los bancos y que se documentan en contrato o en pagarés con rendimiento liquidable al vencimiento. Otra obligación directa es la asumida con la emisión de valores, como es el bono bancario y la obligación subordinada.

Respecto del pasivo contingente es la obligación que adquiere el intermediario financiero adquiere frente a un tercero por cuenta de un cliente determinado y cuyo cumplimiento, por parte del intermediario financiero se encuentra sujeto a una "condición suspensiva", es decir, a un acontecimiento futuro de realización incierta. Por ejemplo, se pueden mencionar a los avales y a las cartas de crédito que instrumentan el crédito comercial documentario. Este concepto así se señala en las circulares del Banco Central y de la CNBV; sin embargo, si advertimos el carácter ejecutivo de los dos instrumentos, que comentamos, ninguno para su pago, está sujeto a una condición suspensiva, puesto que ambos se pueden cobrar directamente al banco, sin que exista

obligación de presentarlos para su pago, primero al suscriptor y al ordenante de la carta de crédito.

La intermediación bancaria se lleva a cabo a través del servicio de banca y crédito, el cual era considerado en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que reguló la actividad bancaria durante el período de 1982 a 1990, como servicio público, ya que por disposición constitucional dicho servicio se prestaba de manera exclusiva por el Estado, a través de sociedades nacionales de crédito de banca múltiple y de banca de desarrollo. En la actualidad, como consecuencia de la derogación del quinto párrafo del Artículo 28 constitucional, el servicio de banca y crédito se encuentra sujeto a un régimen de autorización a los particulares, quienes prestan ese servicio a través de instituciones de crédito de banca múltiple constituidas como sociedades anónimas, razón por la que a partir de 1990 la actividad bancaria, dejó de tener el carácter de servicio público. Concepto que estimamos discutible por la naturaleza del propio servicio bancario, y que satisface necesidades colectivas sin importar condición económica, raza, sexo, etc.

Miguel Acosta Romero¹⁷ considera que el servicio de banca y crédito es un servicio público, toda vez que reúne las siguientes características propias del servicio público:

1. Es una actividad vigilada y que interesa al Estado.

Al Estado no corresponde toda la actividad monetaria y crediticia, pero sí gran parte de ella, como la emisión de moneda, la dirección de la política monetaria, las directrices del crédito público, la política financiera, el equilibrio de la balanza de pagos,

¹⁷ Acosta Romero, Miguel, *Ob. cit.* p.164.

entre otras; otra parte de esa actividad está regulada y vigilada por la autoridad hacendaria.

En nuestra época, no se puede afirmar que la materia bancaria sea simplemente una relación entre particulares, pues el crédito es un satisfactor de la vida económica, que debe ser vigilado y supervisado por el Estado, para que cumpla con el papel de motor de la economía, sea ésta privada, mixta o estatal. La importancia de un servicio en un Estado moderno, no depende tanto de su relación inmediata con las funciones esenciales del Estado, sino con la naturaleza de las necesidades colectivas que satisface.

2. Se trata de actividades técnicas.

El desempeño de la actividad bancaria precisa de conocimientos y preparación especializados, de carácter complejo; la LIC vigente exige a los funcionarios calificación técnica y administrativa, y honorabilidad. Se requiere, aparte de esas cualidades respecto a los individuos, que las instituciones tengan instalaciones y equipo especializados y adecuados a la naturaleza de sus tareas.

3. No son transmisibles las concesiones en virtud de las cuales se opera un servicio público.

Este principio rige en materia financiera, ya que de conformidad con nuestro sistema jurídico, las concesiones no se pueden transmitir sin autorización de la SHCP.

4 El régimen jurídico aplicable es de derecho público.

Esta característica del servicio público, si le es aplicable en México a la actividad bancaria, en la relación que el Estado guarda con los bancos.

Por ser el crédito una actividad regulada por el Estado, el sistema legal y reglamentario conforme al cual debe desempeñarse debe corresponder, por tanto, al derecho estatal o al de las cosas públicas.¹⁸

5. Es un régimen exorbitante del derecho común.

Aunque la expresión del derecho común tiene cierta imprecisión, se ha entendido que el mismo se refiere al CCF¹⁹.

El régimen en México, señala Miguel Acosta Romero, definitivamente no es de derecho privado, sino como se indicó, toda las leyes son de derecho público, e inclusive, las instituciones bancarias del Estado, fueron definidas en la ley como personas jurídicas de derecho público.

Los bancos fueron calificados con toda definición como instituciones de derecho público por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 (Artículo 7o.) como por la de igual nombre de 15 de enero de 1985 (Artículo 9º.). Ambas leyes señalaron en su tiempo, en sus respectivos Artículos 1os. que eran ordenamientos de derecho público.

¹⁸ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Op.cit.*, p.484.

¹⁹ Mediante decreto publicado en el *DOF* el 29 de mayo de 2000 se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia

La nueva LIC de 1990 y con motivo de la privatización de los bancos, ya no tiene declaraciones tan contundentes como las anteriores, sin embargo, sigue siendo un ordenamiento de orden público, atento a lo que establecen sus Artículos 1o. y 4o.²⁰

6. Que el régimen de derecho público, garantice: a) regularidad, b) adecuación, c) igualdad y d) continuidad.

En razón de la adecuación se requiere que el servicio se adapte a los cambios de la realidad y de la técnica; así, se agiliza el pago de los cheques, la contabilidad no es llevada en forma manual sino con computadora, etc.

La igualdad implica que no existan discriminaciones en la prestación del servicio, por razones raciales, de sexo, etcétera. Esto no implica la ausencia de requisitos ni el no cobrar remuneración por las prestaciones que se otorguen.

Federal, para quedar como Código Civil Federal, y con ello se reforman sus artículos 1o., 1803, 1805 y 1811, y se le adiciona el artículo 1834 bis.

²⁰ Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.

ARTICULO 4º.- El Estado ejercerá la rectoría del Sistema Bancario Mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio Sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios.

Las Instituciones de Banca de Desarrollo atenderán las actividades productivas que el Congreso de la Unión determine como especialidad de cada una de éstas, en las respectivas leyes orgánicas.

Que el servicio se pueda utilizar oportuna, reiterada y normalmente, según lo requieran las necesidades, equivale a la continuidad.

Será la CNBV quien, a través de un reglamento que expide anualmente, garantice la continuidad del servicio, autorizando los días que puedan suspender sus labores las instituciones de crédito.

El régimen jurídico mexicano no solamente garantiza los principios que ya se han mencionado, sino que va más de las simples normas de policía, al regular la actividad bancaria con un carácter restrictivo y de interés público, en función de garantizar una sana operación de los bancos prohibiéndoles muchas operaciones, exigiendo requisitos a sus funcionarios, estableciendo capitales pagados, etcétera.

Así como Acosta Romero, Carlos Dávalos Mejía,²¹ opina que en la actualidad y desde 1889, fecha en la que se establece por primera vez la necesidad de concesión para el ejercicio de la banca y crédito, la banca es un servicio público que intermitentemente ha sido prestado de manera exclusiva por las instituciones del Estado, por los particulares o por ambos, en la medida en que la forma de prestación del servicio ha debido ajustarse a los cambios que ha motivado la conducta social.

1.4 LA INTEGRACION DEL SISTEMA BANCARIO MEXICANO

²¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob. cit.*, p.484.

La integración del Sistema Bancario Mexicano se encuentra plasmado en la LIC en su Artículo 3o. en los términos siguientes:

ARTICULO 3o.- El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional²² y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquéllos que para el desempeño de sus funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.

No hay que confundir el Sistema Bancario Mexicano con el Sistema Financiero, toda vez que este último es más amplio, y comprende además de los anteriores a los intermediarios financieros no bancarios

Las autoridades reguladoras y supervisoras del sistema bancario mexicano son la SHCP, el Banco de México y la CNBV. Las tres regulan en el ámbito que expresamente les señala la ley y la única que vigila o supervisa es la tercera. Ahora haremos un análisis breve de dichas dependencias.

Las atribuciones de la dependencia del Ejecutivo Federal que encabeza al sector bancario o sea la SHCP se encuentran determinadas en el Artículo 31 fracciones VII y VIII de la LOAPF en los términos siguientes:

ARTICULO 31.- A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde...

²² Mediante decreto publicado en el *DOF del 29 de noviembre de 2001* se transforma el Patronato del Ahorro Nacional, Organismo Descentralizado del Gobierno Federal, en el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo

VII.- Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende a la Banca Nacional de Desarrollo y a las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito.

VIII.- Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares de crédito...

COMISION NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES

La CNBV es un órgano desconcentrado²³ de la SHCP, con autonomía técnica y facultades ejecutivas.

Tiene por objeto supervisar y regular en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público.

En base a la tradición legislativa de nuestro país, a la superintendencia le corresponde de manera privativa la supervisión bancaria, además de que regula en materias de su competencia como en su contabilidad, supervisión,

²³ *Desconcentración* significa según Rafael De Pina en su *Diccionario de Derecho*, como traspaso de determinados servicios de la administración central a órganos o funcionarios de la misma con sede en las provincias o regiones.

El maestro Acosta Romero opina que la *desconcentración* consiste en una forma de organización administrativa en la cual se otorgan al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión y ejecución, limitadas por medio de diferentes normas legales que le permiten actuar con mayor rapidez, eficacia y flexibilidad, así como el tener un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir un nexo de jerarquía.

estimación de activos y pasivos, etc. Actualmente es un órgano desconcentrado de la SHCP

BANCO DE MEXICO

El Banco Central será persona de derecho público, con carácter autónomo y se denominará Banco de México, el cual se regirá por las disposiciones de la *Ley del Banco de México*²⁴, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁵.

Tiene por objeto proveer a la economía del país de moneda nacional y procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. También tiene como finalidades promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

²⁴ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 23 de diciembre de 1993. Reformada por Decreto publicado el 17 de diciembre de 1995 y el Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos legales, referente a la doble nacionalidad, publicado el 23 de enero de 1998.

²⁵ ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL.- PARRAFO SEXTO. El Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

PARRAFO SEPTIMO. No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de persona cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean el ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidos por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en la representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el Artículo 110 de esta Constitución.

Como podemos observar, el Banco Central, le encargan el manejo doméstico de la economía, es decir, es su razón de ser, el conservar el poder adquisitivo de nuestra moneda, es decir, el sistema general de precios. Por tanto, las decisiones políticas o actuación del Presidente de la República, no deben afectar los precios, puesto que su regulación y control se depositan en un ente distinto, el Banco Central. En otras palabras, se separa el manejo de la economía de la decisión política. También se encarga a Banco de México la regulación sustantiva del sistema financiero, pues le encargan regular a las instituciones más importantes, a los bancos y a las casa de bolsa, además a las operaciones más importantes que celebran las segundas, puesto que a las primeras les regula todo su actuar.

Finalmente se encomienda al propio Banco Central regular todas las formas de pago, es decir, todos los sistemas de pagos, previendo que la evolución en la materia requiera una adecuada coordinación y supervisión; por ahora queda el efectivo, los cheques, las transferencias, los pagos electrónicos, el pago con plástico, etc.

LAS INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE

La LIC no define a las Instituciones de Banca Múltiple, solo el Artículo 9o., dispone que sólo gozarán de autorización las *sociedades anónimas de capital fijo*.

La LIC define entonces a estas sociedades anónimas de banca múltiple como intermediarios financieros, capaces de captar recursos del público a través de certificados de depósito, pagarés, etc. (operaciones pasivas), y con esos

recursos obtenidos, otorgar diferentes tipos de créditos (operaciones activas).²⁶

Para Mantilla Molina²⁷ las instituciones de banca múltiple son sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con la LIC, y para lo que ésta prevea, supletoriamente son aplicables las normas contenidas en la LGSM.²⁸

Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, la cual otorga discrecionalmente la SHCP, oyendo la opinión del Banco de México y de la CNBV. Dichas autorizaciones serán intransmisibles y serán publicadas en DOF y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio social de la institución de que se trate.

Sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, que se organicen de conformidad con la LGSM.

La escritura mediante la cual se constituya y sus reformas, deberán ser aprobadas por la SHCP, para luego ser inscritas en el Registro Público de Comercio, sin que se requiera mandamiento judicial.

Las instituciones de banca múltiple, como sociedades anónimas, funcionan de acuerdo con sus propios estatutos, por ejemplo se constituyen con el objeto de prestar el servicio de banca y crédito, y podrán realizar las operaciones previstas en el Artículo 46 de la LIC. Adicionalmente, no podrán celebrar las operaciones que prohíbe el artículo 106 de la misma ley.

²⁶ Villegas H. Eduardo y Ortega O. Rosa Ma., *Ob. cit.*, p.101.

²⁷ Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil, México, Porrúa, 1975, p.323.*

²⁸ Frisch Philip, Walter, *La Sociedad Anónima, México, Harla, 1995, p.40.*

El capital social de las instituciones de banca múltiple, estará formado por una parte ordinaria y podrá también estar integrado por una parte adicional.

El capital social ordinario se integra por las acciones de la *serie "O"*. En su caso, el capital social adicional estará representado por acciones *serie "L"*, que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al **40%** del capital social ordinario, previa autorización de la CNBV.

La administración de las instituciones de banca múltiple estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia

LAS INSTITUCIONES DE BANCA DE DESARROLLO

Las Instituciones de banca de desarrollo son entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta ley.

La SHCP expedirá el reglamento orgánico de cada institución, en el que se establecerán las bases conforme a las cuales se regirá su organización y el funcionamiento de sus órganos.

Estas instituciones formularán anualmente sus programas operativos y financieros, sus presupuestos generales de gastos e inversión y las estimaciones de ingresos, mismos que deberán someter a la autorización de la SHCP.

²⁸ Frisch Phillip, Walter, *La Sociedad Anónima*, México, Harla, 1995, p.40.

Estas instituciones, en especial, deberán realizar las operaciones necesarias para la atención adecuada del correspondiente sector de la economía nacional que les compete, y el cumplimiento de las funciones y objetivos que les sean propios.

Su capital social estará representado por títulos de crédito que se registrarán por la LGTOC, en lo que sea compatible con su naturaleza, los cuales serán denominados certificados de aportación patrimonial y deberán ser nominativos y se dividirán en dos series:

La **serie A**, representará en todo tiempo el **66%** que sólo podrá ser suscrita por el Gobierno Federal, y

La **serie B**, que representará el **34%** restante.

Los certificados de la **serie A** se emitirán en título único, serán intransmisibles y en ningún caso podrá cambiar su naturaleza o los derechos que confieren al Gobierno Federal como titular de los mismos. Los certificados de la **serie B** podrán emitirse en uno o varios títulos.

Respeto de su administración, ésta se encuentra encomendada a un Consejo Directivo y a un Director General, en los términos de sus propias leyes orgánicas.

FIDEICOMISOS PUBLICOS

Los Fideicomiso Públicos los define el Artículo 47 de la LOAPF²⁹, y establece que son aquellos que el Gobierno Federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en

las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. De ahí que se consideren como una entidad de la Administración Pública Paraestatal, en términos de lo dispuesto del Artículo 3o. del mismo ordenamiento.

En los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, la SHCP fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

Dávalos Mejía²⁹, indica que existe una doble clasificación de fideicomisos públicos, los constituidos para encargos específicos y los de fomento económico.

Para nuestro estudio y de acuerdo a la Ley, sólo nos interesan los de fomento económico y que se dedican a actividades de financiamiento de segundo piso. Estos a la fecha sólo se han constituido en la banca de estado, del gobierno, y se dedican a financiar a la banca múltiple en su calidad de banca de primer piso o de menudeo, para que a su vez ésta financie a sus clientes que cumplan con los requisitos que señalen los propios fondos de fomento. De esta manera los pagarés que suscriban los usuarios del crédito a favor de los bancos de primer piso, son descontados éstos a su vez por los fondos de fomento que se los devuelven (en teoría) endosados en procuración para que efectúen su cobro. El día en que dichos títulos se vencen, el fondo de fomento carga en la cuenta que Banco de México lleva al banco múltiple el importe del documento y éste debe a su vez cobrar, su importe a la persona que le financió.

²⁹ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 29 de diciembre de 1976.

³⁰ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.923

Los fideicomisos más famosos de esta clase se conocen por sus siglas FOVI, FOGA, FIRA, FOGAIN, FOMEX, etc.

1.5 CLASIFICACION DE LAS OPERACIONES BANCARIAS

Antes de proceder a la clasificación de las operaciones bancarias, es conveniente definir el concepto de *operación bancaria*.

Erick Carvallo Yañez³¹ opina que la operación de crédito *consiste en que una persona debidamente autorizada por el Estado para intervenir en la misma como acreditante, otorga bienes fungibles a otra persona, quien se obligará a restituir la suma de los bienes recibidos más los intereses que se pacten, en una sola o varias exhibiciones posteriores al momento del otorgamiento.*

Existe el criterio jurisprudencial que se refiere a las operaciones bancarias:

INSTANCIA: Tercera Sala.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Epoca: 5ª.- TOMO: LXIV.- página: 2341.

BANCOS, OPERACIONES CELEBRADAS POR LOS.- Las operaciones bancarias son todas aquellas que los bancos realicen por razón de su institución, o sea, en el terreno de la especulación en que su respectiva concesión los autoriza para actuar y, por tanto, comprenden todos aquellos negocios que el banco hace con el objeto directo de obtener utilidad en uso y ejercicio del crédito, por consiguiente, el simple hecho de ser monetaria y a favor de un banco, coloca a la obligación contraída, por un particular con él, en la calidad de operación bancaria y, por ende, de acto de comercio, sin necesidad de esclarecer su naturaleza específica de préstamo, descuento, etc., y si por

³¹ Carvallo Yañez, Erick, *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*, México, Porrúa, 1997 p.42.

haber operaciones realizadas por los bancos, que no son mercantiles, como las que desarrollan para estar en condiciones de desenvolver su empresa, las partes sostienen que la obligación pactada no es mercantil, tal afirmación debe ser probada por quien lo hace.

Precedentes: Tomo LXIV. Ochoa Rafael, Suc De Pág. 2341. 9 de mayo de 1941. Mayoría de votos. TOMO LXIV, Pág. 2341

Considerado que las operaciones bancarias son las que realizan las instituciones de crédito, a través de ciertos procedimientos técnicos, la cual previamente fue facultada por autoridades del Estado para realizarlas.

Las operaciones³² que realizan los bancos (Instituciones de Crédito) pueden clasificarse desde diversos puntos de vista; el economista, el contador y el jurista, han de representarse diversos criterios al respecto.

La clasificación seguida por los tratadistas de Derecho Bancario es la clásica, que distingue entre operaciones activas y pasivas del crédito, por un lado, y por el otro, las operaciones neutras o de mediación, calificadas de bancarias porque son realizadas por instituciones de crédito, y consisten en la atención de negocios ajenos. Se realizan mediante contratos de prestación de servicios, de comisión, de mandato o mediación.

No dan lugar a asientos en el deber ni en el haber, en el activo o en el pasivo del balance, sino a simples partidas de resultados, que figuran en el balance como comisiones. No significan el otorgamiento o la recepción de un crédito, sino que se encuentran en el contexto de los servicios que sólo pueden ser prestados por una institución de crédito. El banco cobra por estos servicios *honorarios* no intereses. Algunos ejemplos de estas operaciones son el fideicomiso, mediación en los cobros, mediación en los pagos en el comercio

nacional o internacional (carta de crédito y crédito documentario), transmisión de dinero de una plaza a otra, los servicios de caja y tesorería, servicio de nómina, contrato de mandato.

Las operaciones pasivas representan aquellas actividades mediante las cuales el banco recibe el crédito, obtiene capitales de diversas procedencias para disponer de ellos. Desde el punto de vista contable, se traducen en asientos de pasivo directo o contingente, puesto que son deudas de la institución de crédito.

Las operaciones pasivas consisten básicamente en la transmisión al banco (depositario) de la propiedad de la suma de dinero depositada. Es esa transmisión la que hace posible la intermediación bancaria, pues permite jurídicamente que las instituciones de crédito presten al público el dinero que reciben en depósito de su clientela, en términos del artículo 267 de la LGTOC. Sin embargo, el depósito bancario de dinero recibido en caja, sobre o saco, no transmite la propiedad al banco según el artículo 268 de la LGTOC³². Algunos ejemplos de estas operaciones son los depósitos bancarios de dinero, préstamos documentados en pagarés con rendimiento liquidable al vencimiento, bonos bancarios y obligaciones subordinadas.

Respecto de las operaciones activas, la institución de crédito es quien otorga el crédito. Consideradas desde el punto de vista contable, se registran en el activo, puesto que son derechos de crédito del banco. Algunos ejemplos de este tipo de operaciones son el préstamo directo (préstamo personal o quirografario), el descuento (compra de un título de crédito o documento mercantil), el préstamo prendario (préstamo contra garantías con carácter pignoraticio), los créditos simple o en cuenta corriente, los préstamos de

³² Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.33.

³³ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Ob. cit.*, p.85.

habilitación o avío (préstamos para producir), el préstamo refaccionario (préstamo para mejorar su sistema de producción), préstamos hipotecarios (contra garantía inmobiliaria), préstamo para la vivienda de interés social.

El punto II.1 de la SEGUNDA REGLA para los requerimientos de capitalización de las instituciones de banca múltiple establece que las instituciones deberán clasificar sus activos, pasivos operaciones causantes de pasivo contingentes y otras operaciones, en atención al riesgo de mercado.³⁴

Joaquín Rodríguez Rodríguez³⁵ clasifica a las operaciones bancarias de la siguiente manera:

I.- Operaciones de Intermediación en el Crédito (Bancarias, en sentido propio).

I') Pasivas.

- A) Depósitos Bancarios**
- B) Emisión de Obligaciones y de otros títulos**
- C) Redescuentos, Aceptaciones y Préstamos**
- D) Emisión de Billetes.**

II') Activas.

- A) Aperturas de Crédito Simple y en Cuenta Corriente**
- B) Anticipos y crédito sobre mercancías**
- C) Créditos sobre firma**
- E) Créditos Comerciales**
- F) Créditos Especiales**

II.- Operaciones Neutrales

I') Transferencias, giros

³⁴ Publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación el día 15 de julio de 1996.

³⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.36.

II') Comisiones, intervención en la emisión de obligaciones

III') Cobros

IV') Cartas de Crédito

V') Cajas de Seguridad

VI') Fideicomiso (registradas en cuentas de orden)

El Artículo 46³⁶ de la LIC enumera las operaciones que podrán realizar las instituciones de crédito, no las clasifica.

³⁶ Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;
- b) Retirables en días preestablecidos;
- c) De ahorro, y
- d) A plazo o con previo aviso;

II. Aceptar préstamos y créditos;

III. Emitir bonos bancarios;

IV. Emitir obligaciones subordinadas;

V. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior

VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;

VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;

VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros con base en créditos concedidos a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.

IX. Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente Ley y de la Ley Mercado de Valores;

X. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas en los términos de esa Ley;

XI. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;

XII. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro plata y divisas, incluyendo reportes sobre estas últimas;

XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad;

XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;

XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones;

XVI. Recibir depósitos en administración o custodia o en, o en garantía por cuenta de terceros de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;

XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;

XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativa a títulos de crédito por cuenta de las emisoras;

XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;

XX. Desempeñar el cargo de albacea;

XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;

Por otro lado las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones, activas, pasivas y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.

La consecuencia de la intermediación bancaria es que el banco obtenga utilidades, derivadas del margen financiero que aplica en las operaciones pasivas y activas, y en su caso las comisiones que generan las operaciones de servicios.

XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito;

XXIII. Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto y enajenarlos cuando corresponda, y

XXIV. Celébrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

Se deroga

XXV. Realizar operaciones financieras conocidas como derivadas, sujetándose a las disposiciones que expida el Banco de México escuchando la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores;

XXVI. Efectuar operaciones de factoraje financiero, y

XXVII. Las análogas o conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

La realización de las operaciones señaladas en las fracciones XXIV y XXVI de este artículo, así como el cumplimiento de las obligaciones de las partes, se sujetarán a lo previsto por esta Ley y, en lo que no se oponga a ella, por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

CAPITULO SEGUNDO

2. LOS CONTRATOS DE GARANTIA

2.1 ANALISIS DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA

◆ SU ACCESORIDAD

Una de las clasificaciones de los contratos en general existe la de *Contratos Principales* y los *Contratos Accesorios*.³⁷ Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o inexistencia del contrato accesorio.

Rafael De Pina opina³⁸ que lo accesorio es el objeto o derecho que se encuentra en una relación de dependencia con otro llamado, por esta circunstancia, principal. El contrato accesorio es aquel que puede existir por consecuencia o en relación con otro anterior.

A los contratos accesorios también se les llama como "*de garantía*", porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, real, como la hipoteca o la prenda, (éstas garantías son materia de estudio en otro capítulo), de tal manera que si el deudor no

³⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Contratos*, Vigésima Segunda Ed., Porrúa, México, 1993, p.16.

³⁸ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Décima Sexta Ed., Porrúa, México, 1989, p.21.

cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse preferentemente con su producto, previo procedimiento de ejecución.

No en todos los contratos accesorios aplica la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir puede existir un contrato accesorio sin que exista el principal. Por ejemplo, en obligaciones a futuras o condicionales, cuando el tutor da una prenda, fianza o hipoteca para garantizar su manejo, y no ha ejercido la tutela.

La prenda o la fianza pueden ser nulas o inexistentes, y la obligación principal puede existir en forma independiente.

◆ OBJETO DEL CONTRATO

El objeto de los contratos de garantías va muy ligado con el aspecto accesorio, toda vez que constituyen para garantizar el cumplimiento de obligaciones.

En caso de incumplimiento de la obligación principal el acreedor puede ejercer los contratos de garantía para cubrir con la venta del producto dicha obligación.

El objeto del contrato de garantía es el aseguramiento de que un sujeto va cumplir su obligación de dar, hacer, no hacer, pagar algo en los términos pactados con su acreedor, y en caso de incumplimiento sabe que su contrato de garantía constituido por él o por un tercero será efectivo por el mismo acreedor.

◆ LOS SUJETOS DE LA RELACION

Respecto de los sujetos de la relación en los contratos de garantía encontramos en primer lugar al acreedor, que es la persona que otorga bien o servicio al deudor, que es la persona que tiene la obligación de restituir ese bien, pagar el servicio o hacer algo, en términos de con lo convenido. También puede existir un tercero que constituya un contrato accesorio a favor del acreedor. La persona que constituya ese contrato accesorio debe ser el propietario de los bienes, materia de garantía, o el autorizado jurídicamente por el mismo propietario, debiendo tener capacidad de ejercicio, bien por mayoría de edad y pleno goce de las facultades mentales, o por emancipación.

◆ LA NATURALEZA DE LA GARANTÍA

Los contratos de garantía surgen como necesidad del deudor, porque se considera incapaz de cubrir sus compromisos, en virtud de que su pasivo es mayor que su activo, y como consecuencia hay pérdidas en el patrimonio de los acreedores, derivado del incumplimiento.

Por tal motivo han obligado a los acreedores a asegurarse del cumplimiento de los compromisos contraídos por sus deudores. Las garantías pueden ser personales, reales o de otro tipo como lo veremos más adelante.

2.2 CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS DE GARANTIA

Existen múltiples contratos de garantía los cuales clasificaremos desde diversos puntos de vista, pero todos se constituyen con un mismo fin, el de asegurar al acreedor el cumplimiento de una obligación contraída.

2.2.1 SEGUN SU FUENTE DE CREACION

◆ LEGALES O NATURALES Y CONVENCIONALES

Los contratos de garantía desde el punto de vista de su creación se clasifican en Legales o Naturales y Convencionales. Los primeros surgen en forma simultánea a la celebración del contrato principal, por ejemplo los Créditos de Habilitación o Avío y los Refaccionarios.

Ambos créditos se consideran que tienen su aplicación en el campo de la producción, de ahí que se les designe precisamente como **créditos a la producción**. Son créditos que deben destinarse a inversiones con certeza de rentabilidad conveniente y se procure la creación, conservación y mejora de la riqueza agrícola, forestal y agropecuaria.³⁹

Los créditos de Habilitación o Avío se garantizan con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos y productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes (Artículo 322 de la LGTOC).

Los créditos Refaccionarios se garantizan simultáneamente o separadamente con las fincas, edificios, construcciones, maquinaria, apeos, instrumentos, muebles, y útiles y con los frutos o productos, pendientes o ya obtenidos, de la empresa (Artículo 324 de la LGTOC).

En ambas operaciones existe la garantía legal o natural de los créditos, sin embargo su pueden pactar garantías adicionales, ya sea personales o reales, en términos de lo dispuesto por el Artículo 325 del ordenamiento antes citado, que remite a su vez al Artículo 298, que establece que la apertura de crédito puede pactarse con garantía personal o real.

³⁹ Vásquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, Octava Ed., Porrúa, México, 1998, p.490.

La fracción II del Artículo 66 de la LIC señala que en los créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad industrial, agrícola, ganadera o de servicios.

Respecto de los contratos de garantía convencionales, son aquellos que las mismas partes acuerdan en celebrar, el deudor en ofrecer y el acreedor en aceptar. Como vimos anteriormente se pueden pactar garantías adicionales a las naturales, las cuales vendrían siendo las convencionales. Por ejemplo, existe la fianza, hipoteca o una prenda adicional, o hasta una caución bursátil o un fideicomiso de garantía (como lo veremos más adelante).

2.2.1 SEGUN SU NATURALEZA

Los contratos de garantía según su naturaleza se dividen en reales o personales, es decir que recaen sobre los bienes o sobre las personas mismas, que puede ser persona física o persona moral, bajo ciertas limitantes.

◆ REALES O PERSONALES

Las garantías reales las integran aquellas que recaen sobre bienes muebles o inmuebles, por ejemplo la prenda o la hipoteca.

La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, pero que dá derecho a éste, en caso de incumplimiento de la

obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Respecto de las garantías personales son las recaen en la persona, por ejemplo la fianza civil o el aval.

La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación, en caso de que el deudor no lo haga.

El aval es una garantía personal de naturaleza cambiaria, que un tercero o un signatario de un título de crédito presta directa y exclusivamente a uno de los obligados garantizando que parte o la totalidad del título será pagada, para lo cual somete como garante todo su patrimonio.

2.2.3 SEGUN SU MATERIA

Desde el punto de vista de su materia se dividen en:

◆ CIVILES, MERCANTILES, BANCARIAS Y BURSATILES

Las civiles son las que regula el CCF. Dentro de las cuales se encuentran la fianza (Artículo 2794)⁴⁰, la prenda (Artículo 2856) y la hipoteca (Artículo 2893).

⁴⁰ Artículo 2794. La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Artículo 2856. La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Las mercantiles se encuentran reguladas por la LGTOC⁴¹, por ejemplo el aval (Artículo 109), la prenda mercantil (Artículo 334), no la define sino únicamente señala la forma en que se constituye, y el fideicomiso (Artículo 346) que también es un contrato de naturaleza mercantil.⁴²

En materia bancaria se encuentran reguladas en la LIC, tales como la prenda e hipoteca industrial, agrícola, ganadera o de servicios (Artículo 67)⁴³.

En materia bursátil se encuentran reguladas en la LMV, tales como la Caución Bursátil.

2.3 OTROS CONTRATOS DE GARANTIA

Existen otros contratos accesorios, por llamarles así, no muy comunes que garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, por ejemplo la cobertura de riesgo cambiario que es el tema que nos ocupa ahora, el cual se deriva del Artículo 46 fracción XII de la LIC.

2.3.1 COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS

Las coberturas cambiarias son modalidades del mercado de divisas a futuro, son aquellas en las que se concierta la entrega de las divisas y su contravalor en plazos superiores al máximo señalado para las operaciones que se celebran

⁴¹ Artículo 109. Mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio. (Este Artículo también aplica a los pagarés, según el Artículo 174) Artículo 334. En materia de comercio, la prenda se constituye...

Artículo 346. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

⁴² Vázquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.516.

⁴³ Artículo 67. Las hipotecas constituidas a favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la

al contado, es decir a más tardar dos días hábiles siguientes a la concertación de la operación respectiva.

Las empresas que requieren de financiamiento en moneda extranjera, pero que no son generadoras de divisas, pueden contratar coberturas cambiarias para eliminar el riesgo de la devaluación del peso.

◆ OPCIONES Y FUTUROS

Las *operaciones con opciones* se basan en la elección de que las partes pueden pactar el tipo de cambio que se aplicará en la fecha de ejercicio, quedando a elección de una de ellas si adquiere o no las divisas, debiendo pagar además una prima para tener ese derecho de elección.

Existen opciones de *venta* de dólares, que son aquellas en que una de las partes, denominada *comprador de la opción*, obtiene el derecho de vender dólares en moneda nacional, a su contraparte denominada *vendedor de la opción*, mediante el pago de una *prima*, en una fecha de ejercicio determinada y al tipo de cambio pactado previamente.

Las opciones de compra de dólares son aquellas en que una de las partes, denominada *comprador de la opción*, se gana el derecho de comprar dólares en moneda nacional, a su contraparte denominada vendedor de la opción, mediante el pago de una prima, en una fecha de ejercicio preestablecida y al tipo de cambio previamente pactado.

A manera de comparación, en las primeras operaciones no se paga ninguna prima, pero se asume el riesgo de hacer un desembolso al vencimiento del

concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad.

plazo, y en las segundas operaciones, se paga la prima, pero se adquiere el derecho de la elección, mediante la cual se elimina el riesgo de obtener una pérdida, y por un monto superior al pudiera representar la prima.

Respecto de las **operaciones de compraventa a futuro (forwards)** son aquellas en las que se concierta la entrega de las divisas y su contravalor en plazos superiores al máximo señalado para las operaciones que se celebran al contado.

Los bancos pueden realizar operaciones de compraventa al contado y operaciones de compraventa a futuro de divisas contra moneda nacional o contra otras divisas.

Existen también operaciones de compraventa de dólares a futuro, sin embargo son diferentes a las anteriores, porque en la compraventa de divisas se aplica el tipo de cambio que exista al momento de la entrega de las divisas y su contravalor, mientras que en las de compraventa de dólares se debe pactar previamente un tipo de cambio, pudiendo existir una diferencia entre el tipo de cambio pactado y el que exista al momento de liquidarse la operación.

CAPITULO TERCERO

3. LAS GARANTIAS EN LA PRACTICA BANCARIA

3.1 CRITERIOS INSTITUCIONALES

Como vimos anteriormente, las garantías se regulan por diferentes legislaciones dependiendo de su materia, pero también existen criterios, políticas o normas institucionales para la constitución y perfeccionamiento de las garantías, con el fin de salvaguardar los intereses de la institución.

En la medida que la instrumentación y constitución de las garantías se apeguen a la ley y a los criterios institucionales se incrementará la calidad de los activos y en consecuencia se minimizará el riesgo derivado de la forma en que los abogados interpreten y estructuren los negocios financieros.

Las Instituciones de Crédito además de apegarse a la normatividad que emita el Banco de México, como Banco Central y la CNBV, como institución rectora, están obligadas a contar con un Manual de Políticas y Procedimientos de Crédito⁴⁴ que rijan internamente sus operaciones de crédito sin contravención a lo que estipulen dichas autoridades y a la propia ley.

Este Manual de Políticas y Procedimientos de Crédito tiene por objeto establecer lineamientos mínimos que deberán observar los funcionarios de la instituciones de banca múltiple que participan en el desarrollo de la actividad crediticia, en sus diversas etapas: promoción, análisis, instrumentación,

⁴⁴ El Manual de Políticas de Procedimientos de Crédito se derivan de las *Disposiciones de Carácter Prudencial en Materia de Crédito* suscritas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y Banco de México el 12 de febrero de 1998.

fondeo, auditoría y recuperación de la cartera de crédito, y la implantación de los sistemas de información de crédito.

Ante tal situación considero conveniente que a su vez exista un **Manual de Criterios Jurídicos** como herramienta del abogado, que comprenda la instrumentación de créditos y operaciones bancarias en general, con el fin de evitar diversas interpretaciones, aunque las haya. El objetivo es salvaguardar los intereses de la institución en la mejor forma posible, por lo que el abogado y demás funcionarios se apeguen a la norma jurídica establecida.

Por ejemplo, tratándose de una persona moral que otorgue fianza a favor de otra persona moral o física. Existen diversos criterios entre las instituciones, entre los fedatarios públicos, abogados de los clientes y funcionarios de la misma institución, respecto de las facultades que deba gozar el apoderado de la fiadora, si deben ser facultades expresas o que si debe estar previsto en su objeto social que se constituya con tal carácter. Mi opinión es que el apoderado de la fiadora debe gozar de facultades para actos de administración, para la firma del contrato, facultades para actos de dominio, porque esta comprometiendo el patrimonio de la sociedad representada, y el objeto social debe señalar la posibilidad de garantizar en cualquier forma obligaciones de terceras personas, o bien que se constituya como fiadora, en términos del primer párrafo del **Artículo 10⁴⁵** de la LGSM.

3.2 LAS GARANTIAS EN MATERIA CIVIL

3.2.1 OBLIGACION SOLIDARIA

⁴⁵ Artículo 10.- La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social...

La obligación solidaria es una modalidad de las obligaciones y que es propia de los contratos. Se consideran como **obligaciones complejas**⁴⁶ porque hay pluralidad de sujetos o de objetos. Es decir, en las que hay varios acreedores o varios deudores, o varios objetos.

Las obligaciones complejas **por el objeto** pueden ser **conjuntivas** y **alternativas**. Las primeras aquellas en que el deudor se obliga a diversas cosas o hechos conjuntamente (**Artículo 1961 del CCF**). Las segundas son aquellas en que el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa (**Artículo 1962 del CCF**).

Las obligaciones complejas por los sujetos se dividen en **mancomunadas** y **solidarias**. Las primeras son aquellas en las que hay varios deudores o acreedores,⁴⁷ considerándose dividida la deuda en tantas partes como deudores o acreedores haya, constituyendo cada parte una deuda o crédito. La mancomunidad puede ser activa, cuando hay pluralidad de acreedores, o pasiva, cuando hay pluralidad de deudores.

Las obligaciones son solidarias cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno por sí, el cumplimiento de total de la obligación; o cuando dos a más deudores están obligados a pagar, cada uno por sí solo y en su totalidad, la prestación debida (**Artículo 1987 del CCF**).

⁴⁵ Artículo 10.- La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social...

⁴⁶ Moto Salazar, Etraín, *Elementos de Derecho*, Vigésimo Novena Ed., Porrúa, México, 1983, p.237.

⁴⁷ Artículo 1984 del Código Civil.- Cuando hay pluralidad de deudores o acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

La solidaridad en materia civil no se presume resulta de la ley o de la voluntad de las partes según el **Artículo 1988 del CCF**, y en materia mercantil sí se presume según el **Artículo 4o. de la LGTOC**.

Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores liberados de la solidaridad.

La solidaridad se distingue de la mancomunidad en que la primera no se divide la deuda por partes iguales sino que recae íntegramente sobre cualquiera de los obligados.

La obligación solidaria no es una garantía que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación o deuda, es una forma de obligarse solidariamente con el deudor, es decir se vuelven co-obligados.

En ocasiones la confunden con el contrato de fianza, al renunciar a los beneficios de orden y excusión, y en su caso al de división. El efecto final es el mismo entre ambas figuras, pero son conceptos diferentes.

3.2.2 FIANZA PERSONAL

El Artículo 2794 del CCF define a la fianza como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Rojina Villegas⁴⁸ opina que es necesario completar esta definición, indicando el carácter accesorio del contrato de fianza. Así pues, la fianza se define como un *contrato de accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace.*

Flores Gómez González⁴⁹ señala que el *contrato de fianza aparece cuando una persona para garantizar el cumplimiento de una obligación que ha contratado, le ofrece al acreedor el patrimonio de otro sujeto.* El fin que persigue la fianza es asegurar la satisfacción de un crédito contra la posible insolvencia del deudor. La fianza pertenece a los contratos llamados de garantía.

Para **Vásquez del Mercado**⁵⁰ la *fianza consiste en la obligación que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal.* La fianza de empresa opera de la misma forma, sólo que el fiador es siempre una institución, que actúa onerosamente.

Rodríguez y Rodríguez⁵¹ apunta que *la fianza es una garantía personal, es decir, que descansa en la confianza que la persona representa por sí.*

Rosado Echánove⁵² señala que *la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo*

⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.16.

⁴⁹ Flores Gómez González, Fernando, *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil*, Octava Ed., Porrúa, México, 1996, p.363.

⁵⁰ Vásquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.365.

⁵¹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Vigésimoprimer Ed., Porrúa, México, 1994, p.243.

⁵² Rosado Echánove, Roberto, *Elementos de Derecho*, Vigésima Octava Ed., Ediciones Eca, México, 1998, p.81

hace. El fiador puede obligarse a menos, pero nunca a más que el deudor principal.

De Pina Vara⁵³ define a la fianza como una garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación.

Las definiciones antes descritas coinciden que la fianza tiene las siguientes características:

Contrato.- Implica una manifestación bilateral de voluntades normalmente; sin embargo, la manifestación de voluntad del deudor puede ser innecesaria, o bien puede existir el contrato de fianza aún en contra de la voluntad del deudor. En los casos de fianza judicial o fianza otorgada en póliza por una institución legalmente facultada, tienen el carácter de unilaterales, es decir, no requiere la manifestación de voluntad entre acreedor y fiador⁵⁴.

Consensual.- El contrato de fianza se perfecciona con el consentimiento. Basta el acuerdo de las partes para tal fin. Las voluntades que se deben manifestar con las del fiador y las del acreedor, no necesariamente las del deudor, pues aún en contra la voluntad expresa del mismo deudor puede establecerse la fianza⁵⁵, como se mencionó anteriormente.

Formal.- La fianza mercantil constará necesariamente en póliza⁵⁶, formalidad que excluye a la fianza civil, la cual no debe extenderse en forma de póliza⁵⁷.

⁵³ De Pina Vara, Rafael. *Ob.cit.*, Décima Sexta Ed., Porrúa, México, 1989, p.271.

⁵⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, Tomo IV, *Contratos*, Vigésima Segunda Ed., Porrúa, México, 1993, p.366.

⁵⁵ Artículo 2796 del C.C.- La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga.

⁵⁶ Artículo 3º de la L.F.I.F.- Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las Instituciones de Fianzas autorizadas en los términos de esta ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Accesorio.- Es accesorio porque supone una relación entre el deudor y el acreedor, mediante el cual el fiador celebra contrato, obligándose éste a pagar en caso de que el deudor no pague. Esta característica deriva de la misma definición, la fianza presupone necesariamente la existencia de una obligación por parte del fiador⁵⁸.

Oneroso.- No es característica de la fianza civil, pero sí de la fianza mercantil, toda vez que el fiado paga a una Institución de Fianzas una remuneración.

Expreso.- Por que la fianza debe otorgarse necesariamente por escrito o verbalmente, es decir, no puede únicamente presumirse la existencia de la fianza⁵⁹.

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIANZA

ELEMENTOS ESENCIALES

Consentimiento.- El acuerdo de voluntades debe concertarse entre el fiador y acreedor, ya que técnicamente son las únicas partes contratantes. El deudor no tiene porque comparecer en la celebración del contrato y es irrelevante

Salvo prueba en contrario se presume la infracción de este precepto, cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes.

⁵⁷ Artículo 2811 del C.C.- Quedan sujetas a las disposiciones de este título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente, a 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.

⁵⁸ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob.cit.*, Oct. Ed., Porrúa, México, 1997, p.245.

⁵⁹ Flores Gómez González, Fernando, *Op.cit.*, Octava Ed., Porrúa, México, 1996, p.364.

para el perfeccionamiento del contrato el que otorgue su consentimiento o que se oponga a la celebración del mismo⁶⁰.

Objeto.- El objeto *directo* de la fianza consiste en crear la **obligación subsidiaria del fiador** de pagar por el deudor, si éste no lo hace. El objeto *indirecto* consiste en la **prestación que deberá pagar el fiador**, la cual puede ser una cosa o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder de su valor en este último caso⁶¹.

Existencia de la Obligación Principal.- En los contratos de garantía, existe un elemento esencial consistente en la existencia de una obligación principal, pues si ésta no llega a existir, el contrato accesorio tampoco puede existir. La fianza es inexistente si también lo es la obligación principal; sin embargo puede existir una fianza que garantice obligaciones futuras, ya que la existencia misma de la fianza dependerá de que se realicen tales obligaciones.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

Forma.- Como se señaló anteriormente la fianza civil no puede otorgarse en póliza, pero que el consentimiento se manifieste en forma expresa.

Capacidad.- Se exige al fiador la capacidad general para obligarse, tanto para la mujer como para el hombre. Sin embargo, los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, no pueden ser fiadores en representación de los descendientes, Artículo 436 del CCF⁶², los tutores y los representantes del

⁶⁰ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Contratos Civiles*, Séptima Ed., Porrúa, México, 1998, p.385.

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, Tomo IV, *Contratos*, Vigésima Segunda Ed., Porrúa, México, 1993, p.367.

⁶² Artículo 436.- Los que ejerzan la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

ausente, no pueden ser fiadores en representación de sus pupilos o de los ausentes, en términos de los Artículos 563⁶³ y 660⁶⁴ del CCF respectivamente. Antes de enero de 1994 los casados sólo podían ser fiadores de su cónyuge previa autorización judicial, salvo cuando se trate de otorgar caución para que obtenga su libertad, en términos del Artículo 175 del CCF⁶⁵.

Además de la capacidad legal, el fiador debe tener capacidad económica, es decir, que tenga una determinada solvencia económica, consistente en tener bienes suficientes para responder de la obligación.

Ausencia de Vicios.- La fianza como cualquier otro contrato para ser válido, debe estar exenta de vicios, como el error, dolo, mala fé, violencia o lesión.

Si el fiador ha sufrido alguno de dichos vicios, puede atacar el contrato mediante la acción o excepción de la nulidad relativas.

Ilícitud en el objeto, motivo o fin del contrato.- Si el contrato o la obligación principal es ilícito en su objeto, motivo o fin, también lo es la fianza, y si el principal es nulo también la garantía es nula. Puede existir un contrato u obligación lícita pero la fianza sea ilícita, por ejemplo un fiador que obliga a transmitir el dominio de una cosa cuya enajenación esté prohibida (armas prohibidas).

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotiche en la plaza al día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; *ni dar fianza en representación de los hijos.*

⁶³ Artículo 563.- ...Los tutores no podrán vender los valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se cotiche en la plaza al día de la venta, *ni dar fianza a nombre del tutelado.*

⁶⁴ Artículo 660.- El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene, respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y *restricciones que los tutores...*

CLASES DE FIANZAS

La fianza puede ser, por la forma en que se constituye *legal, judicial y convencional*; y por la remuneración económica *gratuita* o a *título oneroso*⁶⁵.

Legal.- Es la que la ley en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar esta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial. Ejemplo: el artículo 1006 del CCF establece que el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado a, dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus acciones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434.

Judicial.- Es la que se impone en virtud de un mandato judicial para fines del procedimiento. Ejemplo: En un juicio donde se pida el aseguramiento de alimentos, puede ordenarse que éste consista en hipoteca, fianza o depósito, según el artículo 317 del CCF⁶⁷

Convencional.- Es cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo el fiador y acreedor. Ejemplo: El que se establece en los contratos de crédito, con Instituciones de Crédito para garantizar su cumplimiento en el pago.

Gratuita.- Es gratuita cuando el fiador no recibe una contraprestación por la obligación que asume.

⁶⁵ El Artículo 175 que contenía esta limitación fue derogado. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1994.

⁶⁶ Flores Gómez González, Fernando, *Op.cit.*, p.364.

⁶⁷ Artículo 317.- El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.

Onerosa.- Es onerosa cuando el fiador sí recibe una contraprestación por la obligación que asume.

EFFECTOS DE CONTRATO DE FIANZA

La celebración del contrato de fianza produce relaciones jurídicas y efectos entre el fiador y el acreedor; el fiador y el deudor; y los cofiadores.

Efectos entre el fiador y el acreedor.- Si el deudor no cumple con la obligación contraída, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la misma al fiador. Sin embargo, el fiador tiene derechos o beneficios, frente al acreedor, beneficios de *orden, excusión y división*.

Beneficio de Orden.- Consiste en que el fiador no puede ser compelido⁶⁸ a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes, según el Artículo 2814 del CCF

Beneficio de Excusión.- Consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto, según el artículo 2815 del CCF. Es decir, el fiador puede eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia del deudor⁶⁹.

La excusión no tendrá lugar:

- 1.- Cuando el fiador renunció expresamente a ella.
- 2.- En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor.

⁶⁸ Compeler.- Obligar a una persona a hacer algo contra su voluntad por medio de la fuerza material o moral.

⁶⁹ Flores Gómez González, Fernando, *Op.cit.*, p.365.

- 3.- Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República.
- 4.- Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador.
- 5.- Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

- 1.- Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago.
- 2.- Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.
- 3.- Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.

Beneficio de División.- Es el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda, la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieron obligarse a menos que el deudor.

Efectos entre el fiador y el deudor.- El deudor puede exigir que el deudor ***asegure el pago*** o lo releve de la fianza, aún antes de haber pagado, en los siguientes supuestos:

- 1.- Si fue demandado judicialmente por el pago.
- 2.- Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.

- 3.- Si pretende ausentarse de la República.
- 4.- Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido.
- 5.- Si la deuda no se hace exigible por el vencimiento del plazo.

Después de hecho el pago, el fiador que lo cubre debe ser **indemnizado** por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiera otorgado contra la voluntad del deudor no tendrá derecho alguno el fiador de cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

La indemnización debe ser:

- 1.- De la deuda principal.
- 2.- De los intereses respectivos, desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor.
- 3.- De los gastos que haya hecho que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago.
- 4.- De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

El fiador que paga se **subroga** en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si el fiador celebra el contrato sin oposición del deudor, tendrá los derechos de indemnización y subrogación. Si el fiador celebró el

contrato contra la voluntad del deudor, éste sólo está obligado a indemnizar al fiador que pagó la obligación garantizada, en la medida en que se hubiere beneficiado con el pago.

Efectos entre los cofiadores.- Este punto fue comentado en el apartado de beneficio de división de los cofiadores.

3.2.3 HIPOTECA

El Artículo 2893 del CCF señala que la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Rojina Villegas señala que la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación⁷⁰.

Pérez Fernández del Castillo opina que el contrato de hipoteca es un contrato por virtud del cual se constituye un derecho real sobre bienes enajenables que no se entregan al acreedor, para garantizar con su valor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago⁷¹.

⁷⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.392.

⁷¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles*, Quinta Edición, Porrúa, México, 1998, p.347.

Rosado Echánove señala que el contrato de prenda tiene el mismo objeto que el contrato de prenda, con la diferencia de que el bien que garantiza el cumplimiento de la obligación es siempre un inmueble, el cual queda en poder del deudor, ya que por naturaleza no puede ser ocultado ni sustraído. Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen⁷² impuesto, aunque pasen a poder de terceros; es decir, el dueño de un bien hipotecado puede venderlo, pero entonces el adquirente será quien responda de la obligación garantizada en caso de que no sea satisfecha en su oportunidad. De hecho, es frecuente la venta de bienes hipotecados. Cuando esto ocurre, se descuenta del precio el importe de la hipoteca, que, por regla general, nunca es superior al 75% del valor del inmueble⁷³.

Chirino Castillo establece que el contrato de hipoteca es aquel en el que una persona, denominada deudor hipotecario, constituye a favor de otra, llamada acreedor hipotecario, un derecho real sobre bienes de su propiedad o de los que tenga la facultad de disposición, especialmente determinados y enajenables y que no se entregan al acreedor; para que en caso de incumplimiento en el pago de la obligación principal, el acreedor hipotecario tenga acción a ser pagado con el valor de los bienes en el grado de preferencia establecido por la ley⁷⁴.

Zamora Valencia apunta que la Hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmuebles, determinado y enajenable, a favor de otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, de enajenación y de preferencia para ser

⁷² *Gravamen* significa según Rafael De Pina en su *Diccionario de Derecho* como una obligación o carga que fuerza a hacer, no hacer o consentir algo. Es una carga impuesta sobre una finca.

⁷³ Rosado Echánove, Roberto, *Op. cit.*, p.83.

⁷⁴ Chirino Castillo, Joel, *Derecho Civil III-Contrato Civiles*, Segunda Ed., McGRAW-HILL, México, 1996, p.205.

pagado con el producto de enajenación, en el grado de prelación⁷⁵ que señala la ley⁷⁶.

Aguilar Carbajal opina que la hipoteca es un contrato por el cual se da nacimiento a un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles; pero siempre registrables y enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al constituyente de la posesión del bien, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso del incumplimiento de la obligación⁷⁷.

Las definiciones antes descritas coinciden a diferencia de la definición prevista en el CCF, que la hipoteca es un derecho real, pues no se tiene por qué emplear el término de garantía real, ésta es una consecuencia del derecho real constituido sobre la cosa, y por tanto, si se quiere abarcar toda una serie de consecuencias jurídicas, es más jurídico hablar de derecho real, bastando con mencionar esta característica, para que se entienda que por ser además accesorio o de garantía, respecto de una obligación principal, otorgará a su titular los derechos de venta, persecución y preferencia en el pago⁷⁸.

Con el término de **hipoteca** se designan tanto al contrato, como al derecho real de garantía, que es aquél que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a

⁷⁵ El Artículo 3013 del C.C. señala que, en materia de prelación, la preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución.

⁷⁶ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.405.

⁷⁷ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Contratos Civiles*, Tercera Ed., Porrúa, México, 1982, p.270.

⁷⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.392.

su titular de persecución y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley⁷⁹.

La hipoteca permite a los bancos otorgar préstamos o créditos con un riesgo mínimo en lo que a la recuperación del crédito se refiere, ya que si las obligaciones a cargo del acreditado no son puntualmente cumplidas por éste, el juez podrá, una vez agotados los procedimientos previamente establecidos en la ley, decretar la venta o adjudicación del bien dado en garantía, aplicándose el precio de la venta al pago del adeudo del acreditado. Por su parte, el acreditado obtiene el beneficio de tener acceso al crédito bancario, dando en garantía un bien de su propiedad, respecto del cual no pierde ésta la posesión de la misma, lo que le permite adquirir, reparar o modificar ese mismo bien hipotecado, o bien, obtener liquidez para solventar otras obligaciones de corto plazo⁸⁰.

CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA

Es un *contrato accesorio de garantía* y por lo tanto su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo que en términos generales, la nulidad, transmisión, duración o extinción de la obligación, influyen sobre la hipoteca.

El Artículo 2941 fracción II del CCF señala que la extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la hipoteca.

Sin embargo, las consecuencias que lógicamente podemos derivar del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no son respetadas en su integridad por el derecho positivo. Razones de orden práctico permiten

⁷⁹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.405.

⁸⁰ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Op.cit.*, p.120.

reflexionar los principios lógicos, separando la hipoteca de la obligación principal, en tres momentos distintos: *antes de que nazca la obligación principal, durante su vida y al extinguirse*. De esta suerte, puede nacer la hipoteca, antes de la obligación principal, es decir, puede existir lo accesorio anticipándose a lo principal. También la hipoteca puede separarse del crédito, y puede sobrevivir al crédito⁸¹. Es decir son los tres momentos siguientes⁸²:

- a) La hipoteca puede crearse para garantizar obligaciones futuras, o sujetas a condición suspensiva, según el Artículo 2921 del CCF
- b) Cuando un tercero constituye hipoteca para garantía de la deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado, los sujetos de la obligación principal y de la hipotecaria son distintos.
- c) La hipoteca, se dice, puede sobrevivir al crédito, en los casos de novación, cuando expresamente el acreedor de la nueva deuda se reserva la garantía hipotecaria, según los Artículos 2220 y 2221, aún cuando lo que sucede es la constitución de una nueva garantía hipotecaria.

La Hipoteca es una Garantía Real para el cumplimiento de la obligación de la cual depende, lo que significa que el valor del bien hipotecado está garantizando en forma preferente el cumplimiento de la obligación, independientemente de la garantía tácita que comprende todo el patrimonio del deudor, cuando éste es el que ha constituido el gravamen, Si la hipoteca la constituyó un tercero, el acreedor tiene como garantía específica el valor

⁸¹ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.394.

⁸² Aguilár Carbajal, Leopoldo, *Op.cit.*, p.275.

del bien hipotecado pero no el patrimonio del deudor hipotecario, por no ser éste el deudor de la obligación garantizada⁸³.

La celebración del contrato origina la creación del derecho real de hipoteca con los efectos descritos con anterioridad.

En la hipoteca no se desposee del bien al constituyente de la misma. Los bienes objeto del gravamen quedan en poder del deudor y tercero constituyente, y el acreedor está en la posibilidad jurídica de ejercitar sus acciones reales de persecución, venta y preferencia en el pago, para asegurar eficazmente a este último en caso de incumplimiento del deudor.⁸⁴ Por lo que el deudor no tendrá obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

Los bienes sobre los cuales se constituye el gravamen deben ser enajenables, ya que aún cuando el contrato de hipoteca no es traslativo de dominio, su finalidad es la de servir de garantía al cumplimiento de la obligación principal, que consiste precisamente en la facultad de pedir la enajenación del bien, para que con el producto de ella se cubra el crédito, en el grado de preferencia que señala la ley.

Inseparabilidad de la Hipoteca, respecto del bien gravado. Es inseparable, como las servidumbres, porque es persecutoria la acción hipotecaria y porque el gravamen es oponible a terceros; luego sigue al inmueble a pesar de las enajenaciones que se hagan. La obligación real se impone sobre la cosa y es sujeto pasivo el propietario o poseedor, según el Artículo 2911 del CCF⁸⁵

⁸³ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.406.

⁸⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.493.

La hipoteca concede las acciones persecutorias, de venta y de preferencia en el pago. La acción persecutoria es propia de todo derecho real, la venta es inherente sólo a los derechos reales de garantías, y en cuanto a la preferencia es necesario distinguir: preferencia en el pago y preferencia en cuanto al grado, calidad o fecha de constitución de los derechos. La preferencia en el pago es peculiar de los derechos reales de garantía, ya que supone que el valor de una cosa se destina a pagar un crédito o una obligación principal. En cambio, la preferencia en cuanto al rango, grado o fecha de constitución, se presenta en los diversos derechos reales, tanto principales como accesorios⁸⁵.

Indivisibilidad de los bienes gravados. El CCF vigente introdujo la regla en la cual se acepta la divisibilidad respecto del crédito, pero conservó el principio de indivisibilidad respecto de los bienes gravados, con la permanencia de la hipoteca sobre los bienes hasta en tanto no quede satisfecho el pago total de la obligación principal y sus accesorios, aunque la propiedad del objeto pase en poder de un tercero, en términos de los Artículos 2894 y 2911 del CCF⁸⁷.

Oponible a Terceros. Para que produzca sus efectos la hipoteca de derecho real, oponible a terceros, sólo puede recaer sobre bienes determinados e indubitadamente identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y además, debe inscribirse precisamente en tal registro⁸⁸, y en términos del Artículo 2919 del CCF.

CLASIFICACION DEL CONTRATO DE HIPOTECA

⁸⁵ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Op.cit.*, p.276.

⁸⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Op.cit.*, p.396.

⁸⁷ Chirino Castillo, Joel, *Op.cit.* p.195.

⁸⁸ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.407.

Accesorio.- Porque la validez y existencia del contrato depende de otro o de una obligación; sin embargo, existen tres excepciones, las cuales ya fueron comentadas en el apartado de características de la hipoteca.

Unilateral.- Porque sólo genera obligaciones para el deudor hipotecario.

Gratuito. Porque sólo genera derechos para el acreedor, consistente en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado cabalmente en caso de incumplimiento. Por excepción puede ser *oneroso*, y en todo caso también sería *bilateral*.

Consensual. En oposición a real, porque no se requiere de la entrega de la cosa, para el perfeccionamiento del contrato.

Formal. Porque siempre se requiere de una manera determinada impuesta por la ley para la validez del contrato.

Nominado. Por la reglamentación que hace el código de este contrato.

De tracto sucesivo. Porque el contrato de hipoteca garantiza una obligación que se realiza a través del tiempo, es decir, está sujeta a un plazo, a un término o a una condición.

CLASES DE HIPOTECA

Hipotecas Civiles que a su vez comprende las Hipotecas Voluntarias y las Necesarias

Hipotecas Voluntarias. Son aquellas convenidas entre las partes o impuestas por el propietario de los bienes sobre los que se constituyen, en términos del Artículo 2920 del CCF Estas hipotecas se pueden constituir mediante contrato, testamento o por acto unilateral.

Hipotecas Necesarias. También se les denomina legales y son aquellas que tienen la obligación de otorgar las personas que administran bienes ajenos, para responder de la administración de los mismos, o bien aquellas hipotecas que debe otorgar el deudor al acreedor para asegurar ciertas deudas, según el Artículo 2931 del CCF

Hipoteca Industrial, Agrícola, Ganadera o de Servicios, que se rige por la LIC, en su Artículo 67, las cuales serán materia de estudio en el capítulo de "Garantías en Materia Bancaria".

Hipoteca Naval que se rige por las disposiciones de la Ley de Navegación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de enero de 1994, en sus Artículos 90 a 94.

Hipoteca sobre Aeronaves que se rige por las disposiciones de la Ley de Aviación Civil, en su Artículo 47 y su Reglamento.

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE HIPOTECA

ELEMENTOS ESENCIALES

Consentimiento.- Es el acuerdo de voluntades sobre la creación de obligaciones, entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real, sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad⁸⁹.

El Objeto.- El objeto jurídico directo es la creación de obligaciones; el indirecto es el dar y hacer; y el objeto material son los bienes enajenables, muebles o inmuebles.

CARACTERISTICAS DE LOS BIENES

Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario, deben ser:

- **Determinados.** La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, según el Artículo 2895 del CCF. Sin embargo, existe una excepción a la dicha regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada al concluir la copropiedad por la división del bien. En este caso, la hipoteca sólo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda.

- **Enajenables.** Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, en términos del Artículo 2906 del CCF. Esto obedece a que su valor constituye la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo

tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con él pagar el crédito garantizado.

- **Inscribibles.** Para producir efectos contra terceros la hipoteca necesita que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, en términos del Artículo 2919 del CCF

BIENES QUE SE EXTIENDEN CON LA HIPOTECA

La hipoteca se extiende aunque no se exprese, en términos del Artículo 2896 del CCF:

- A las **accesiones**⁸⁹ **naturales** del bien hipotecado. No quedan comprendidas: la accesión artificial, edificación, plantación y siembra, pero sí a los nuevos edificios, plantaciones o siembras, siempre que estas dos últimas existan al momento de volverse exigible⁹¹.
- A las **mejoras**⁹² hechas por el propietario en los bienes gravados. Las mejoras se dividen en: necesarias, útiles o de ornato.

Necesarias. Son las que están prescritas en la ley y aquellas sin las que la cosa se pierda o desmejora.

Útiles. Son aquellas que, sin ser necesarias, aumentan el precio o producto de la cosa.

⁸⁹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.408.

⁹⁰ Accesión: Derecho en virtud del cual el propietario de los bienes adquiere todo lo que ellos producen o se les incorpora, natural o artificialmente. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, *Op.cit.*, p.21.

⁹¹ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Op.cit.*, p.270.

⁹² Mejora: Obra realizada en una cosa, que puede ser necesaria para su uso o conservación útil, sin ser indispensable, o de carácter suntuario. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, *Op.cit.*, p.351.

De Ortano (adorno). Son las voluntarias que sirven al placer o comodidad del poseedor.

- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos.
- A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

BIENES QUE NO COMPREDEN LA HIPOTECA

La hipoteca no comprende, salvo pacto en contrario, en términos del artículo 2897 del CCF:

- Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que estos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito.
- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

BIENES QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE

No se pueden hipotecar los siguientes bienes, en términos del Artículo 2898:

- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca.

- Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien, para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.
- Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante.
- El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por la ley a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes.
- El uso y la habitación.
- Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

La forma. El contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal. El Artículo 2917 del CCF establece que para la constitución de los créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los Artículos 2317 y 2320 del mismo ordenamiento. Los cuales señalan que si el valor de avalúo del inmueble, materia de garantía, excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, la hipoteca se hará en escritura pública.

La capacidad. Una deuda puede ser garantizada con un bien del deudor o de un tercero, En este último caso aún sin el consentimiento del deudor. Sólo el que puede enajenar puede hipotecar, esto es, los mayores de edad, los apoderados para actos de dominio, y en general los que pueden disponer de bienes propios o ajenos⁹³.

La legislación civil establece los siguientes casos en los que se limita la capacidad del constituyente hipotecario o se impide la constitución de la hipoteca⁹⁴:

- a).- El tutor no puede hipotecar los bienes de su pupilo sin autorización judicial (561).
- b).- El emancipado sólo podrá hipotecar sus bienes mediante autorización judicial (643 fr. I).
- c).- NO se puede hipotecar el patrimonio familiar (727).
- d).- El usuario y el que tiene el derecho de habitación no puede hipotecar (1051).
- e).- El albacea no puede hipotecar sin el consentimiento de los herederos o legatarios los bienes de la herencia (1719).

La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen una aplicación especial en este contrato y por lo tanto se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones⁹⁵.

⁹³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Op.cit.*, p.353.

⁹⁴ Chirino Castillo, Joel, *Op.cit.* p.208.

DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES

DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Derecho de Persecución. Este derecho consiste en que el gravamen continúa sobre el bien aun cuando se trasmita la propiedad o se constituya sobre él nuevos derechos o gravámenes, o se entregue la posesión a otra persona, siempre que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, en términos del Artículo 2894 del CCF

Si el que adquiere el inmueble paga el crédito, por ministerio de ley queda subrogado a todos los derechos que tenía el acreedor hipotecario⁹⁸.

Derecho de Preferencia. El acreedor tiene derecho a ser pagado por el monto de su crédito con el producto de la enajenación del bien hipotecado, en el grado de preferencia que señala el Artículo 2985 del CCF

Del precio de los bienes hipotecados se pagarán en el orden siguiente:

1. Los gastos del juicio respectivo y los causen las ventas de esos bienes.
2. Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes.
3. La deuda de seguros de los propios bienes.
4. Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2982, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoratícios, según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses.

⁹⁵ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.412

⁹⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Op.cit.*, p.354.

Derecho de enajenación. El acreedor tiene derecho, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a que se enajene el bien hipotecado, para una vez enajenado, se aplique el valor obtenido al pago del crédito.

La enajenación puede ser hecha mediante la intervención judicial o extrajudicialmente. Si la enajenación se realiza en forma judicial, se seguirá el procedimiento que establece el Artículo 2916 del Código de Procedimiento Civiles, y si se hace extrajudicialmente, significa que se pusieron de acuerdo para tal efecto acreedor y deudor hipotecario, debiendo realizarse una compraventa en los términos que hubieren pactado⁹⁷.

Derecho de Ceder su Crédito. Toda vez que la hipoteca es un derecho accesorio, cuando se cede el crédito también se cede la hipoteca⁹⁸.

En términos del Artículo 2032 del CCF, la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito original.

Derecho a que se mejore la garantía. Si el inmueble hipotecado se hiciera, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos garantice debidamente la obligación principal, de conformidad con el Artículo 2907 del CCF

Derecho al Seguro de la Finca. Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además, el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere

⁹⁷ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.413

⁹⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Op.cit.*, p.355.

de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial.

OBLIGACIONES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Una vez extinguida la hipoteca tiene la obligación de cancelar el gravamen, e inscribirla en el Registro Público de la Propiedad.

DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO

- Posesión del bien hipotecado.
- Disponer del bien hipotecado, ya sea para enajenarlo o para imponerle otros derechos reales, sin perjudicar al acreedor si éste ha inscrito su derecho en el Registro Público de la Propiedad.
- Administrar el bien hipotecado, con ciertas limitaciones.
- Percibir los frutos del bien hipotecado hasta antes de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, salvo estipulación expresa en contrario, en términos del Artículo 2897 del CCF
- Cuando es posible fraccionar o subdividir el bien que se hipoteca, el deudor tiene derecho a que a su vez el crédito se divida e ir liberando parcialmente conforme se vayan pagando cada una de las fracciones.
- A pedir la cancelación e inscripción del gravamen en el Registro Público de la Propiedad.

OBLIGACIONES DEL DEUDOR HIPOTECARIO

Conservación del Bien. Como no existe la desposesión al deudor del bien hipotecado, éste tiene la obligación de conservar el bien en tal estado que efectivamente sirva de garantía al acreedor. Si el bien se demerita haciéndose insuficiente para la seguridad de la deuda. El acreedor tendrá derecho a que se mejore la hipoteca, en términos del Artículo 2909 del CCF

Actos que Perjudique la Garantía. El deudor tiene la obligación de no realizar actos respecto del bien hipotecado que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito. No puede celebrar contratos de arrendamiento o recibir anticipos de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca si ésta tiene un plazo fijo, o por más de un año si se trata de fincas rústicas o por más de dos meses si se trata de fincas urbanas en caso de que la hipoteca no tenga un plazo cierto, bajo sanción de nulidad de tales actos en caso de contravención, de conformidad con el Artículo 2914 del CCF

EXTENCION DE LA HIPOTECA

La hipoteca podrá extinguirse en vía de consecuencia o en vía principal⁹⁹.

En Vía de Consecuencia. La extinción de la obligación principal traerá como consecuencia la extinción de la hipoteca, ya sea por pago, remisión¹⁰⁰, novación¹⁰¹, compensación¹⁰² o prescripción¹⁰³.

⁹⁹ Chirino Castillo, Joel, *Op.cit.* p.224.

¹⁰⁰ Remisión: Acto jurídico en virtud del cual el acreedor libera al deudor del cumplimiento de una obligación. Es el perdón de una deuda. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Op.cit., p.425.

¹⁰¹ Novación: Extinción de una obligación civil mediante la creación de otra nueva destinada a sustituirla. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Op.cit., p.364.

¹⁰² Compensación: Modo de extinción de obligaciones recíprocas que produce su efecto en la medida en que el importe de una se encuentre comprendido en el de la otra. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Op.cit., p.165.

En Vía Principal. La extinción de la hipoteca se llevará a cabo en vía principal en los casos siguientes:

- I. Cuando se extinga el bien hipotecado.
- II. Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado.
- III. Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el Artículo 2325.
- IV. Por la remisión expresa del acreedor.
- V. Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

También podrá extinguirse: por vía principal cuando el acreedor hipotecario remita de la garantía hipotecaria más no de la obligación; por confusión cuando el deudor hipotecario reúne a su vez la calidad de acreedor hipotecario; por prescripción de la acción, esto es, a los diez años; por novación; por pago con subrogación; y por dación en pago¹⁰⁴.

3.3 LAS GARANTIAS EN MATERIA MERCANTIL

3.3.1 AVAL

CONCEPTO DE AVAL

Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de la letra de cambio, en términos del Artículo 109 de la LGTOC. Es pues, el aval una garantía de pago del importe de la letra de cambio, es decir, es una declaración cambiaria exclusivamente a garantizar su pago.

¹⁰³ Prescripción: Medio de adquirir bienes (positivo) o de librarse de obligaciones (negativa) mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas al efecto por la ley. De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Op.cit., p.394.

¹⁰⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Op.cit.*, p.358.

La función económica del aval es de garantía. La firma del avalista en el título, que lo convierte en deudor cambiario, tiende a aumentar la certidumbre del pago del documento. El avalista queda obligado con aquel cuya firma ha garantizado (avalado). El aval es, por tanto, una garantía personal, no real¹⁰⁵.

La obligación del avalista no es, como regla general, accesoria de la obligación del avalado, para lo cual el Artículo 114 de la LGTOC, señala que el avalista queda obligado solidariamente con aquel cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa. Por esta razón una gran parte de la doctrina afirma que el aval es una garantía de carácter *objetivo*, porque el avalista no garantiza que el avalado pagará sino que el título será pagado.

Sin embargo, De Pina Vara¹⁰⁶ opina que es impropio hablar de una garantía objetiva. Por una parte no es absolutamente exacta la expresión del Artículo 114 de la LGTOC, en el sentido de que la obligación del avalista es válida aun cuando la obligación garantizada es nula por cualquier causa. Por otra parte el Artículo 116 de la misma ley dispone que la acción contra el avalista estará sujeta a los mismos términos y condiciones a que está sujeta la obligación del avalado.

DIFERENCIAS ENTRE EL AVAL Y LA FIANZA

- El aval es una declaración unilateral de voluntad. La fianza es un negocio jurídico contractual.

¹⁰⁵ De Pina Vara, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, Decimoséptima Ed., Porrúa, México, 1984, p.358.

¹⁰⁶ De Pina Vara, Rafael, *Op.cit.*, p.358.

- La fianza no puede existir sin una obligación válida, de conformidad con el Artículo 2797 del CCF. Si la obligación garantizada es nula, nula será también la fianza, es una obligación accesoria. Por el contrario, la obligación del avalista es autónoma, independientemente de la obligación garantizada.
- En la fianza existe una sola obligación y dos deudores; en el aval hay dos obligaciones autónomas y dos deudores.
- El aval debe constar en el título mismo o en hoja que se le adhiera, en términos del Artículo 111 de la LGTOC. En cambio, la fianza puede hacerse constar en documento separado.
- En la fianza hay excusión de bienes, mientras que en el aval queda obligado solidariamente con el avalado. El último tenedor puede ejercitar acción cambiaria contra el avalista o contra el avalado, o contra ambos, indistintamente, sin necesidad de seguir orden alguno, de conformidad con el Artículo 154 de la LGTOC.

FORMA DEL AVAL

Redacción por Escrito. No existe aval si no consta por escrito. No lo dice expresamente la LGTOC, pero se deduce implícitamente de los términos en que está redactado el Artículo 111. Coinciden, además, en ello la mayor parte de los códigos y la doctrina, que en este punto no expresa la más pequeña divergencia¹⁰⁷.

Valor de la Firma. El aval debe constar en la letra o en hoja que se le adhiera. Se expresará con la fórmula por "aval", u otra equivalente, y debe llevar la

firma de quien lo presta. La sola firma puesta en la letra, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se tendrá como aval, de conformidad con el Artículo 111 de la LGTOC.

ELEMENTOS PERSONALES

Quien puede avalar. Puede prestar el aval quien no ha intervenido en la letra y cualquiera de los signatarios de ella, en términos del Artículo 110 de la LGTOC.

Parece raro que un obligado cambiario pueda garantizar el pago de la letra, por lo que antiguos autores afirmaban que el avalista debe ser persona absolutamente extraña a la letra avalada, de modo que no tenga respecto de ella otras obligaciones que las que voluntariamente se impone con el aval. Pero ésta posición de origen francés está radicalmente modificada por influencias de las doctrinas italiana y alemana, que han puesto claramente de relieve la existencia de casos en los que el signatario de una letra puede, no obstante, aportar una nueva seguridad para la letra mediante el aval de la misma. Esto ocurre siempre que el obligado en vía regresiva al avalar se constituye en obligado directo, o cuando el obligado parcialmente (aceptante o avalista parciales) se obliga por todo el importe, y cuando el girador que prohibió la presentación a la aceptación antes del transcurso de un cierta plazo, avala la letra antes de que corra el término¹⁰⁸.

Quien puede ser Avalado. El aval puede darse a favor de cualquier obligado cambiario, de conformidad con el Artículo 113 de la LGTOC. Cuando falte una declaración expresa del avalista respecto a la persona que quiere avalar, la ley

¹⁰⁷ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.321.

¹⁰⁸ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.323.

tiene normas supletorias disponiendo que el aval garantiza en primer lugar al aceptante y si no lo hubiere al girador.

RELACIONES ENTRE AVALISTA Y TENEDOR

El avalista asume una obligación cambiaria directa frente a cualquier tenedor legítimo, de conformidad con el Artículo 114 de la LGTOC. El tenedor no tiene que proceder primero contra el avalado, sino que puede dirigirse directamente contra el avalista. No hay inconveniente en admitir que la acción cambiaria del tenedor se dirija simultáneamente contra el avalista y el avalado, en virtud de la solidaridad que los une.

3.3.2 PRENDA MERCANTIL ORDINARIA

En materia civil la prenda se considera como un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, según el Artículo 2856 del CCF. En materia mercantil la LGTOC no define la prenda sino establece su forma de constitución, según el artículo 334.

La prenda es un contrato de garantía, que tiene por objeto facilitar el préstamo mediante la afectación a favor de quien presta una cosa que pertenece al deudor para asegurar el crédito; puede decirse que es un contrato real o bien que es la cosa misma objeto de la garantía¹⁰⁹.

Para *Zamora y Valencia*¹¹⁰ el contrato de prenda es aquél por virtud del cual una persona llamada deudor prendario constituye en derecho real del mismo nombre sobre un bien mueble, determinado y enajenable, a favor de otra

¹⁰⁹ Flores Gómez González, Fernando. *Op.cit.*, p.369.

¹¹⁰ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op. cit.*, p.393.

llamada acreedor prendario a quien se le deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor de retención, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señale la ley, y que obliga al acreedor a la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada.

Para **Aguilar Carbajal**¹¹¹ la prenda como contrato es un contrato real, accesorio, por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole además los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación.

Para **Chirino Castillo**¹¹² estima que el contrato de prenda es aquel en virtud del cual una persona determinada pignorante constituye a favor del acreedor un derecho real sobre un bien mueble de su propiedad, enajenable, que entrega al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago.

Para **Rosado Echanove**¹¹³ mediante el contrato de prenda se garantiza el cumplimiento de una obligación, para lo cual se afecta un bien que sea mueble y enajenable. La cosa que se dé en prenda debe quedar en poder del acreedor o de un depositario designado en común acuerdo por ambos contratantes, o bien podrá quedar en poder del mismo deudor si así lo estipuló con el acreedor o porque expresamente lo autorice la ley.

¹¹¹ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Op.cit.* p.256.

¹¹² Chirino Castillo, Joel, *Op.cit.* p.195.

Para **Rojina Villegas**¹¹⁴ la prenda es un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación.

Para **Vásquez del Mercado**¹¹⁵, en virtud del contrato de prenda, el deudor, o u tercero, entrega al acreedor una cosa mueble confiriéndole el derecho de tenerla en su poder hasta el pago del crédito y de hacer pagar con la misma, con preferencia a cualquier otro acreedor, si no se le cubre el crédito.

Para **Rafael De Pina Vara**¹¹⁶ estima que la prenda en materia mercantil es aplicable el concepto de prenda del derecho común. La prenda es mercantil cuando se constituye para garantizar un acto de comercio o cuando recae sobre cosas mercantiles (títulos de crédito, por ejemplo). En todo caso, debe presumirse mercantil la prenda constituida por un comerciante.

Para **Dávalos Mejía**¹¹⁷ la prenda es, por naturaleza, un contrato accesorio de otro principal; no puede ser de otra manera. Pero además, la categoría de su accesoriedad es igual de consistente e inamovible, a saber, no tiene otra función que la de garantizar. Quien se pregunte cuál es la utilidad de la prenda, sólo tiene una respuesta: garantiza el cumplimiento de una obligación; y tratándose de una prenda mercantil, precisa y exclusivamente garantiza el cumplimiento de una obligación mercantil.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA

¹¹³ Rosado Echánova, Roberto, *Op.cit.*, p.82.

¹¹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Ob.cit.*, p.493.

¹¹⁵ Vásquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.475.

¹¹⁶ De Pina Vara, Rafael, *Op.cit.*, p.249.

De las definiciones antes señaladas se desprenden las siguientes características¹¹⁸:

Es un contrato accesorio de garantía. No tiene existencia y validez por sí mismo, sino que depende de la existencia y validez de una obligación.

Lo anterior origina varias consecuencias: La inexistencia o nulidad de la obligación garantizada origina la inexistencia o nulidad del contrato de prenda. La extinción de la obligación garantizada, origina la extinción de la prenda, según el Artículo 2891 del CCF La cesión del crédito garantizado produce la transmisión del derecho de prenda, según el Artículo 2032 del CCF, pero no lo hace la cesión de la deuda, según el Artículo 2055 del CCF

La prenda constituye una garantía real para el cumplimiento de una obligación. Esto significa que el valor del bien es el que está garantizando preferentemente el pago de la obligación y no en general, todos los bienes del deudor prendario. Si el deudor prendario es al mismo tiempo deudor de la obligación principal, todo su patrimonio constituye una garantía tácita del cumplimiento de una obligación, pero el bien pignorado constituye una garantía específica y precisa del mismo cumplimiento.

La celebración de este contrato da nacimiento al derecho real de la prenda. Es un poder de derecho que tiene el acreedor prendario en forma directa e inmediata respecto del bien sobre el cual recae, oponible.

El objeto indirecto del contrato o el bien respecto del cual se constituye el derecho real, siempre es un bien mueble. Aún cuando este contrato no es traslativo de dominio, debe existir siempre la posibilidad de enajenación del

¹¹⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.732.

¹¹⁸ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Op.cit.*, p.394.

bien, para la eficacia del contrato, ya que la razón misma de su celebración, es la garantía que constituye su valor para pagar con él la obligación garantizada, en caso de incumplimiento del deudor.

Es un contrato real con oposición a consensual. Para el perfeccionamiento del contrato y para que éste produzca el derecho real de prenda, debe de entregarse el bien al acreedor, la cual puede ser real o jurídica, en términos del Artículo 2858 del CCF

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley¹¹⁹. Por ejemplo, la garantía natural del crédito en los créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios se quedan en poder del deudor.

Para que el derecho real que genera funcione como tal, el contrato debe tener fecha cierta de manera fehaciente. Si no consta la certeza de la fecha, sólo producirá efectos entre las partes, pero no puede producir contra terceros y en ese supuesto se desvirtúa el derecho real que implica, ya que una de las características principales del derecho real, es que sea oponible, en términos del Artículo 2860 del CCF

CLASIFICACION DEL CONTRATO DE PRENDA

El contrato de prenda se puede clasificar en: ***accesorio, real, bilateral, gratuito u oneroso, formal, nominado y tracto sucesivo.***

¹¹⁹ Chirino Castillo, Joel, *Op.cit*, p.196.

Accesorio.- Porque su validez y existencia depende de una obligación principal.

Real.- En oposición a lo consensual, ya que se perfecciona por la entrega de la cosa que puede ser real o jurídica y no simplemente por el acuerdo de voluntades.

Bilateral.- Porque existen obligaciones de ambas partes. Una para entregar la cosa prendada, y otra para restituirla una vez cumplida la obligación principal.

Gratuito u Oneroso.- Generalmente es gratuito, porque sólo genera provechos para el acreedor y gravámenes para el deudor prendario, pero en ocasiones puede ser oneroso, si el acreedor paga o se obliga a pagar una contraprestación al deudor prendario por la constitución de la garantía que éste otorga.

Formal.- Porque siempre debe constar por escrito.

Nominado.- Porque esta regulado por la ley.

Tracto Sucesivo.- Porque no es un contrato instantáneo, pues garantiza una obligación que se da a través del tiempo, esto es, está sujeto a un plazo, un término o una condición¹²⁰.

DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES

DERECHOS DEL ACREEDOR PRENDARIO

¹²⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Op.cit.*, p.341.

Derecho de Retener.- Es un principio general en materia de derecho de prenda, que el acreedor pignoraticio tiene el *derecho de retener la cosa mientras dure el contrato y subsista la obligación principal* (arts. 2858, 2859, 2873, frs. II y IV, 2874, etc., CCF y 334, 338 y otros de la LTOC). La extensión de esta retención está legalmente fijada: *"el derecho que da la prenda al acreedor se extiende a todos los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella"* (art. 2888 CCF). Lo que supone el ejercicio de acciones aptas para recobrar la posesión en el caso de que ésta hubiera sido perdida (art. 2873, fr. II)¹²¹.

Derecho de enajenación.- El acreedor insatisfecho, una vez vencida la obligación, puede proceder a la enajenación de la cosa, mediante procedimiento que establece la LGTOC, descrito en el apartado de Ejecución de la Prenda de este capítulo.

Derecho de Preferencia en el Pago.- En términos del Artículo 2873 fracción I del CCF el acreedor prendario adquiere el derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece el Artículo 2981¹²².

Derecho de ser Indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella mediante convenio.

Derecho de Recobrar la Prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor.

Derecho de Exigir al Deudor otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin su culpa.

¹²¹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.1.

¹²² Artículo 2981 del C.C. Los acreedores hipotecarios y pignoratícios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competen

OBLIGACIONES DEL ACREEDOR PRENDARIO

El Artículo 2876 del CCF señala que el acreedor está obligado a:

Conservar la Cosa Empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia.

Restituir la Prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si así se pactó.

Derecho de Posesión Pacífica de la Prenda.- El Constituyente prendario estará obligado a garantizar la posesión pacífica de la prenda en relación con todos los actos de perturbación jurídica que realicen los terceros mediante derechos preferentes anteriores a la constitución de la prenda. En caso de que al acreedor prendario resienta la evicción, quedará a su arbitrio dar por vencido el plazo de la obligación principal o que ésta se rescinda, o aceptar en todo caso, la constitución de una nueva prenda¹²³.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEUDOR PRENDARIO

Estos corresponden a las obligaciones y derechos del acreedor prendario, respectivamente, antes referidos.

DIFERENTES TIPOS DE PRENDA MERCANTIL

en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de sus bienes que garanticen sus créditos.

¹²³ Chirino Castillo, Joel, *Op.cit.*, p.196.

Existen varias modalidades de prenda en materia mercantil, dependiendo de la naturaleza de los bienes pignorados y de la legislación aplicable, las cuales se desprenden del Artículo 334 de la LGTOC.

Prenda Sobre Bienes.- Que a su vez puede ser sobre bienes fungibles o no fungibles¹²⁴. Esta prenda se puede constituir en términos de lo dispuesto por el **Artículo 334** de la LGTOC fracciones **I** (entrega al acreedor de los bienes), **III** (entrega al acreedor del título, **IV** (depósito de los bienes en poder de un tercero) o **V** (depósito de los bienes en locales propiedad del deudor, a disposición del deudor).

Prenda Sobre Bienes Fungibles.- Para la formalidad en su constitución, es necesario consignar un documento de crédito en el que se expresen los datos que identifican a los bienes materia de garantía.

Asimismo, puede convenirse que la propiedad de los bienes fungibles se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes de la misma especie.

Prenda Sobre Bienes No. Fungibles.- Para su constitución, será suficiente su consignación en el documento de crédito, con los datos necesarios para su identificación de los bienes dados en garantía.

Prenda Sobre Títulos.- Puede ser prenda sobre títulos nominativos, títulos al portador, títulos a la orden o títulos no negociables. Se constituye en términos de lo dispuesto por el Artículo 334 de la LGTOC fracciones I, II, III, IV o VI.

¹²⁴ El Artículo 753 del C.C. señala que son bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Prenda Sobre Valores.- Esta prenda es sobre acciones, obligaciones y demás títulos que se emiten en serie o en masa. Se constituye en términos del Artículo 69 de la LIC y 3o. de la LMV.

Prenda Sobre Derechos.- Recae sobre derechos que se deriven de contrarecibos, facturas, contratos, boletos, contraseñas, fichas u otros documentos. Se constituye en términos del Artículo 334 fracción III de la LGTOC.

Prenda Sobre Títulos Representativos de Mercancías.- Los títulos representativos de mercancías que más se emplean en la actividad comercial con los Certificados de Depósito, que documentan los depósitos de mercancías, constituidos en almacenes generales de depósito¹²⁵. Esta prenda se constituye con la entrega o el endoso del bono de prenda, en términos del Artículo 334 fracción VI de la LGTOC.

Prenda derivada del Habilitación o Avío y Refaccionario.- Los créditos de Habilitación o Avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes, según el Artículo 322 de la LGTOC. Los créditos refaccionarios quedarán garantizados, simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo, según el Artículo 324 de la LGTOC.

Esta prenda, en ambos créditos, se constituye en términos del Artículo 334 fracción VII de la LGTOC, es decir con la inscripción del contrato de crédito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Prenda Sobre Créditos en Libros.- Es la que comúnmente se denomina como crédito mercantil, y consiste en el crédito reconocido en los libros al acreditado. Es decir que para su constitución se requiere, tanto en el contrato de crédito como en las notas o en las relaciones respectivas, se asienten los créditos dados en prenda. Acto seguido, deben transcribirse tales relaciones en un libro especial de la acreedora, mediante asientos sucesivos y en orden cronológico, expresándose el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida.

En consecuencia de lo anterior, el deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos, y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario corresponden¹²⁶.

Esta prenda se constituye en términos del Artículo 70 de la LIC.

Prenda Sobre Dinero.- Esta prenda se califica como irregular¹²⁷, es decir, se entiende transferida la propiedad, salvo pacto en contrario. Se constituye en términos del Artículo 336 de la LGTOC, es decir basta que se consigne en el documento de crédito de constitución, determinando la cantidad de dinero.

Prenda Sobre Bienes de Consumo Duradero.- El Artículo 69 de la LIC establece una excepción a las reglas de constitución de prenda que organiza el Artículo 334 de la LGTOC, en el sentido de que basta que se consigne en el documento el crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes, para que la prenda se entienda constituida. Entonces, la prenda bancaria queda sometida a las reglas de la LGTOC, con excepción de

¹²⁵ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Op.cit.*, p.125.

¹²⁶ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Op.cit.*, p.126.

la formalidad necesaria para su constitución cuyo único requisito es el señalado¹²⁸.

EJECUCION DE LA PRENDA

Si el deudor no paga a su vencimiento la deuda garantizada, puede el acreedor hacer que se venda la prenda para pagar su crédito, mediante el procedimiento que marca el Artículo 341 de la LGTOC¹²⁹.

El acreedor puede pedir la venta de los bienes pignorados en tres momentos: si el deudor no paga, si el valor de la prenda disminuye o si el deudor no le provisiona de fondos necesarios para ejercitar un derecho de opción o de pago, respecto de los títulos¹³⁰.

En primer supuesto, de la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. En el segundo y tercer supuestos, el deudor podrá oponerse a la venta, haciendo el pago de los fondos requeridos para efectuar la exhibición o mejorando la garantía, por el aumento de los bienes o títulos dados en prenda o por la reducción de su adeudo¹³¹.

3.3.3.1. PRENDA SIN TRANSMISION DE POSESION

¹²⁷ Chirino Castillo considera que la prenda irregular se presenta cuando el deudor pignoraticio entrega virtualmente el objeto al acreedor conservando la posesión y usando la prenda en los términos que convengan las partes. *Op.cit.*, p.199.

¹²⁸ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.736.

¹²⁹ Vázquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.481.

¹³⁰ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.738.

¹³¹ De Pina Vara, Rafael, *Op.cit.*, p.251.

El criterio institucional relativo a esta garantía es que por el momento no se utilice, toda vez que en términos del artículo 379 de la LGTOC las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorgue esta garantía, que en caso de venta del bien o bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor prendario de exigir dichas diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.

3.3.3 FIANZA INSTITUCIONAL

La fianza fue estudiada en el Capítulo denominado Garantías en Materia Civil, pero realizaré algunos comentarios sobre cuando otorgante de la fianza cuando es una Institución.

Recordemos que la fianza es un contrato en virtud del cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación, en caso de que el deudor no lo haga.

La fianza consiste, pues, en la obligación de que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal¹³².

La fianza de empresa opera en la misma forma, sólo que el fiador es siempre una institución, que actúa onerosamente.

Las instituciones de fianzas tiene por objeto otorgar fianza a título oneroso. Estas instituciones celebran el contrato de fianza, identificado como la fianza

de empresa. El Artículo 1o. de la Ley Federal Instituciones de Fianzas¹³³ señala que la misma se aplica a empresas que tengan por objeto otorgar fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento. Estas empresas son Instituciones de Fianzas. Compete exclusivamente a la S.H.C.P., la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se registrarán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuando en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la propia ley de instituciones de fianzas.

Las instituciones de fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto no esté previsto en esta ley.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA INSTITUCIONAL

Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán *mercantiles* para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarios, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

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 documento de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que fijen la S.H.C.P. y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

¹³² Vázquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.365.

¹³³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1950.

A diferencia de la Fianza Civil, 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.

Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en los términos de la LFIF, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Salvo prueba en contrario se presume la infracción de este precepto cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes.

GARANTIA A LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

En términos de lo dispuesto por el Artículo 19 de la LFIF, las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas.

Las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener en los términos de la LFIF, podrán ser:

- Prenda, Hipoteca o Fideicomiso.
- Obligación Solidaria.
- Contrafianza
- Afectación en garantía en los términos previsto en la ley.

Sin embargo, no requerirá recabar la garantía de recuperación respectiva, cuando la institución de fianzas considere, bajo su responsabilidad, que el fiado o sus obligados solidarios, sean ampliamente solventes y tengan suficiente capacidad de pago. Para acreditar lo anterior las instituciones de fianzas deberán contar con documentos que así lo demuestren, cuya antigüedad no sea mayor de un año, en relación a la fecha de emisión de la obligación garantizada.

SUBROGACION POR MINISTERIO DE LEY

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 resulta imposible la subrogación.

PROHIBICIONES A LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

El Artículo 60 de la LFIF señala que a las instituciones de fianzas les está prohibido:

- I. Otorgar garantías en forma de aval, salvo aquellos casos que autorice la S.H.C.P., mediante reglas de carácter general, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del banco de México.
- II. Gravar en Cualquier forma los bienes de su activo.

- III. Obtener préstamos, a excepción de la emisión que hagan de sus obligaciones subordinadas convertibles a capital.
- IV. Dar en reporto títulos de crédito.
- V. Operar con sus propias acciones, salvo los casos previstos en la ley del Mercado de Valores.
- VI. Derogada (D.O. 14 de julio de 1993).
- VII. Afianzar a sus funcionarios y administradores, o aceptarlos como contrafiadores u obligados solidarios así como otorgar pólizas en las que los mismos aparezcan como beneficiarios.
- VIII. Entrar en sociedades de cualquier clase, excepto en los casos de inversión en acciones permitidas por la ley...
- VIII bis. Derogada
- IX. Adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar su activo...
- X. Derogada (D.O. 3 de enero de 1990).
- XI. Derogada (D.O. 3 de enero de 1990).
- XII. Aceptar responsabilidades sin cumplimentar las formalidades señaladas por la LFIF.
- XIII. Comerciar con mercancías de cualquier clase.

XIV. Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución, los directos generales o sus equivalentes y las personas que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a las de aquéllos, salvo que correspondan a prestaciones de carácter laboral.

COAFIANZAMIENTO

Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto o igual concepto, a un mismo fiado.

En el coafianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía.

3.3.4 GARANTIAS EN LOS CREDITOS A LA PRODUCCION

Se llaman créditos a producción a un grupo de aperturas de crédito que se caracterizan por su destino y por su garantía. A diferencia de otras aperturas de crédito, en las que el acreditado dispone a su arbitrio del importe del crédito concedido, en los créditos a la producción, el acreditado tiene la obligación de invertir el crédito precisamente en la adquisición de las materias o en la atención de los gastos previstos en el contrato, y aquellos y éstos siempre tienen relación con procesos productivos¹³⁴.

Son créditos que por lo general, otorgan para la industria, la ganadería, la agricultura y la avicultura, actividades cuyo ciclo de producción es más o menos largo, es decir, hay un proceso más dilatado, en tanto que un producto

no se adquiere para venderlo de inmediato, como sucede en el comercio, sino que se presume la adquisición, la elaboración y la venta que toman algún tiempo¹³⁵.

Estos créditos se han considerado que tienen su aplicación en el campo de la producción, de ahí que se les designe precisamente como créditos a la producción. Son créditos que se entiende deben destinarse a inversiones con certeza de rentabilidad conveniente y se procure la creación, conservación y mejora de la riqueza agrícola, forestal y agropecuaria.

Por su garantía, se caracterizan estos créditos, en cuanto que además de cualquiera otra garantía real o personal que se proporcione, la garantía básica y típica la constituyen las mercancías, productos o frutos conseguidos mediante el crédito y las maquinarias, instrumentos, plantas industriales o empresas en las que se haya invertido el crédito.

En la legislación mexicana existen dos tipos de créditos a la producción, y que son el *Crédito de Habilitación o Avío* y el *Crédito Refaccionario*.

Habilitación o Avío. Es el contrato típico, en virtud del cual el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en la pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación, indispensables para los fines de la empresa, de conformidad con el Artículo 321 de LGTOC¹³⁶.

Refaccionario. Por su parte, el refaccionario se define como el contrato típico, en razón del cual el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, precisamente, en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza,

¹³⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.87.

¹³⁵ Vásquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.490.

abonos, ganados o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo; en la compra o instalación de maquinaria y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa acreditada, de conformidad con el Artículo 323 de la LGTOC¹³⁷.

En virtud de las definiciones antes referidas, el Artículo 327 de la misma ley, señala que quienes otorguen créditos de refacción o de habilitación o avío, deberán cuidar de que su importe se invierta precisamente en los objetos determinados en el contrato, toda vez que si se probare que se le dio otra inversión a sabiendas del acreedor o por su negligencia, éste perderá e privilegio de la garantía natural del crédito respectivo.

Respeto de las garantías en este tipo de créditos, el Crédito de Habilitación o Avío estará garantizado con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes, de conformidad con el Artículo 322 de LGTOC.

Respecto del crédito refaccionario estará garantizado, simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo, de conformidad con el Artículo 324 de la LGTOC.

La garantía que se constituya por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados, comprenderá:

¹³⁶ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.786.

¹³⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob.cit.*, p.786.

- I. El terreno constitutivo del predio.
- II. Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificados con posterioridad a él.
- III. Las accesiones y mejoras permanentes.
- IV. Los muebles inmovilizados y los animales fijados, en el documento en que se consigne el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería.
- V. La indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de dichos bienes.

Independientemente de la garantía propia de estos créditos, se puede pactar garantías adicionales, ya sea personales o reales. Esto es, debido a que la primera parte del Artículo 325 de la LGTOC, remite entre otros, al Artículo 298, que establece que la apertura de crédito puede pactarse con garantía personal o real¹³⁸.

FORMA DE LOS CONTRATOS DE CREDITOS A LA PRODUCCION

De acuerdo con el Artículo 326 de la LGTOC los contratos de crédito de Habilitación o Avío y Refaccionario:

- I. Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.

¹³⁸ Vásquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.492.

- II. Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato.
- III. Se consignarán en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificará ante el encargado del Registro Público.
- IV. Serán inscritos en el Registro de Hipotecas que corresponda según la ubicación de los bienes afectos en garantía, o en el Registro de Comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de bienes inmuebles.

Los contratos de habilitación o refacción no surtirán efectos contra tercero, sino desde la fecha y hora de su inscripción en el Registro.

El artículo 334 de la LGTOC confirma el comentario anterior, toda vez que señala que en materia de comercio la prenda se constituye por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del Artículo 326 antes referido.

Por su parte el Artículo 66 de la LIC señala que los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío, que celebren las instituciones de crédito, se ajustarán a lo dispuesto por la LGTOC y a las bases siguientes:

- I. Se consignarán, según convenga a las partes y cualquier que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.

- II. Sin satisfacer más formalidades que las señaladas en la fracción anterior, se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que se constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad industrial, agrícolá, ganadera o de servicios.
- III. Los bienes sobre los cuales se constituya la prenda, en su caso, podrán quedar en poder del deudor en los términos establecidos en el Artículo 329 de la LGTOC.
- IV. El deudor podrá usar y disponer de la prenda que quede en su poder, conforme a lo que se pacte en el contrato.
- V. No excederá del cincuenta por ciento la parte de los créditos refaccionarios que se destine a cubrir los pasivos a que se refiere el párrafo segundo del Artículo 323 de la LGTOC. La CNBV podrá autorizar, en casos excepcionales, que se exceda este límite.

PREFERENCIA

El Artículo 328 de la LGTOC establece la prelación en el pago de los créditos de habilitación o avío, frente a los créditos refaccionarios, es decir el acreditante tiene una preferencia absoluta para hacer efectivo su derecho de recuperación, en los bienes que constituyen la garantía propia de los contratos de habilitación o avío. El acreedor en un crédito refaccionario queda en segundo lugar. Pero ambos acreedores son preferentes a los hipotecarios, inscritos con posterioridad¹³⁹.

En el caso de créditos refaccionarios, cuando la garantía se constituya sobre fincas, edificios y muebles inmovilizados, el refaccionador tendrá derecho de preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los acreedores hipotecarios inscritos con anterioridad, de acuerdo con el Artículo 333 de la LGTOC. Esta preferencia no se extinguirá por el hecho de que los bienes sean transmitidos a terceros¹⁴⁰.

RESCISIÓN DEL CONTRATO Y VENCIMIENTO ANTICIPADO

En términos de los Artículos 327 y 328 de la LGTOC, el acreditante podrá rescindir el contrato, dar por vencida anticipadamente la obligación y exigir el pago del importe del crédito, en los casos siguientes:

- Si el acreditado emplea el importe del crédito en fines distintos a los pactados.
- Si el acreditado no atiende su empresa con la debida diligencia.
- Cuando el acreditado traspase la empresa para cuyo fomento se ha otorgado el crédito sin consentimiento previo del acreditante.

3.4 LAS GARANTIAS EN MATERIA BANCARIA

3.3.1 PRENDA BANCARIA

Como vimos en el capítulo de la Prenda Mercantil, el contrato de prenda es un contrato real, accesorio, por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al

¹³⁹ Vásquez del Mercado, Oscar, *Ob.cit.*, p.498.

¹⁴⁰ De Pina Vara, Rafael, *Op.cit.*, p.283.

acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole además los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla la obligación; siendo una de sus características principales la desposesión del bien del deudor o del tercero garante entregándolo al acreedor.

Sin embargo, existen diversas excepciones a la desposesión de la cosa, y una de ellas la encontramos en la *Prenda sobre Bienes de Consumo Duradero*, o también conocida como *Prenda Bancaria*, toda vez que es regulada por la LIC, y no por la LGTOC.

El Artículo 69 de la LIC establece una excepción a las reglas de constitución de prenda que organiza el Artículo 334 de la LGTOC, en el sentido de que basta que se consigne en el documento el crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes, para que la prenda se entienda constituida. Entonces, la prenda bancaria queda sometida a las reglas de la LGTOC, con excepción de la formalidad necesaria para su constitución cuyo único requisito es el señalado¹⁴¹.

No obstante el apunte anterior, el último párrafo de del Artículo 69 de la LIC señala que se exceptúa de lo dispuesto de este Artículo, la prenda que se otorgue para la adquisición de bienes de consumo duradero, la cual podrá constituirse entregando al acreedor la factura que acredite la propiedad sobre la cosa comprada, haciendo en ella anotación respectiva. *El bien quedará en poder del deudor* con el carácter de depositario, que no podrá revocarse en tanto esté cumpliendo con los términos del contrato de préstamos.

El contrato de prenda en general se perfecciona, mediante la entrega de la cosa, de conformidad con el Artículo 2856 del CCF. La misma conclusión se deduce del Artículo 334 de la LGTOC; sin embargo el tercer párrafo del Artículo 69 de la LIC es la excepción. Desde luego, es posible la aplicación del Artículo 2859 del CCF relativo a entrega jurídica de la prenda y a constitución de ésta en poder de un tercero o del propio deudor¹⁴².

CARACTERISTICAS DE LA PRENDA BANCARIA

Objeto. Esta prenda recae sobre bienes de consumo duradero.

Requisitos de Constitución.

- Debe constar por escrito.
- Identificación plena de la cosa
- Entrega al acreedor de la factura de propiedad de la cosa pignorada con la anotación respectiva.

Depositario. Por excepción es el propio deudor, el cual no se puede revocar su nombramiento mientras cumpla.

OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO

- 1.- El deudor prendario debe suscribir en su oportunidad una carta por medio de la cual conste que recibió los bienes materia de garantía.
- 2.- Conservar y custodiar en su poder los bienes materia de garantía.

¹⁴¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Ob. cit.*, p. 736.

¹⁴² Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p. 236.

- 3.- Entregar a requerimiento del acreedor prendario los bienes que integran la garantía.
- 4.- Responsabilizarse de que los bienes materia de garantía, no han sido dados en garantía para cualquier otro crédito, otorgado por terceros.
- 5.- Comunicar por escrito al acreedor prendario, en su caso el traslado de los bienes dados en prenda, en un plazo determinado, a partir de la fecha en que se haya hecho el traslado.
- 6.- Contratar un seguro sobre el bien, contra riesgos ordinarios con Institución de Seguros autorizada y aceptada por el acreedor prendario.
- 7.- Vigilar que en todo momento se cumpla con el aforo entre garantía-crédito que en su momento se haya pactado en el instrumento respectivo.

3.3.2 HIPOTECA INDUSTRIAL, AGRICOLA, GANADERA O DE SERVICIOS

NATURALEZA JURIDICA

Esta clase de hipoteca cuenta con una naturaleza mercantil y no civil. Por un lado, la hipoteca industrial es una operación reservada a los bancos en cuanto en cuanto que éstos deben participar en la relación contractual con carácter de acreedores hipotecarios, por lo que se puede afirmar que esta clase de hipoteca es un contrato eminentemente bancario y mercantil, de conformidad con el Artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio¹⁴³.

BIENES QUE INTEGRAN LA HIPOTECA INDUSTRIAL

El Artículo 67 de la LIC no define este tipo de hipoteca que se constituye a favor de instituciones de crédito, sino que describe los bienes que deberán comprenderla, los cuales son:

- La concesión o autorización respectiva, en su caso.
- Todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad.
- Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

La empresa o negociación mercantil que constituye esta hipoteca, es una unidad económica creada para obtener u ofrecer al público bienes o servicios sistemáticamente y con propósito de lucro, o bien, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios.

La hipoteca industrial es una garantía de naturaleza real y personal, constituida a favor de una institución de crédito, para garantizar las obligaciones derivadas de los préstamos y créditos bancarios.

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas a que se refiere este Artículo, permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a

¹⁴³ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Op.cit.*, p.122.

una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor del servicio público correspondiente. Sin embargo, las instituciones acreedoras podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

La hipoteca industrial puede constituirse, por ejemplo, en adición a las garantías naturales de los créditos refaccionarios o de habilitación o avío.

DOCUMENTACION PARA LA CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

En virtud de la naturaleza jurídica de esta garantía y a fin de que las mismas queden debidamente constituidas, los bancos suelen requerir la siguiente documentación¹⁴⁴:

- Relación pormenorizada de los activos fijos, quedando comprendidos todos los bienes que forman parte de la garantía. Dicha relación deberá ser firmada por los apoderados generales de la empresa con facultades para actos de dominio.
- Cuando la hipoteca se constituya sobre bienes inmuebles, propiedad de la empresa acreditada, se requiere efectuarlo de manera expresa, por lo que será necesaria la documentación a que se refiere el párrafo precedente.
- La hipoteca sobre la unidad industrial se deberá inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y, adicionalmente, los inmuebles se inscribirán en el correspondiente lugar o ligares en que estén ubicados.

¹⁴⁴ Mendoza Martell, Pablo E. y Preclado Briseño, Eduardo, *Op.cit.*, p.123.

- **Avalúo reciente de los inmuebles dados en garantía, el cual, por regla general, es practicado por la institución de crédito otorgante del crédito que se garantiza.**
- **Nombramiento de un responsable, ante el acreditante, de los bienes materia de hipoteca industrial, consignándose en el contrato que se garantiza.**
- **Estipulación expresa en el contrato de que el acreditado se encuentra obligado a obtener autorización previa y por escrito del acreditante para la disposición o sustitución de los activos, dados en garantía.**

3.3.3 FIDEICOMISO EN GENERAL

Esta operación de servicio se encuentra regulada principalmente por la LGTOC en los Artículos 346 al 359, por la LIC en los Artículos 46, fracción XV, 79, 80, 82 al 85 y 118, así como en lo previsto en la Circular 2019/95 de Banco de México.

CONCEPTO DE FIDEICOMISO

El Artículo 346 del LGTOC formula la definición del fideicomiso al declarar que en virtud del mismo: "el fideicomiso destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Más que una definición, las palabras anteriores se limitan a describir el contenido externo del fideicomiso¹⁴⁵.

Por su parte Vásquez del Mercado opina que el fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos

respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorga las facultades¹⁴⁶. Por lo que en términos del Artículo 346 de la LGTOC, el fideicomiso es un contrato de naturaleza mercantil, en virtud del cual una persona llamada fideicomitente destina bienes para la consecución de un fin lícito determinado y recomienda la realización de los actos para lograr tal fin, a otra persona, llamada fiduciaria, quien necesariamente, conforme el Artículo 350 de la misma ley, debe ser una institución de crédito¹⁴⁷.

Villagordoa Lozano, José Manuel señala que el fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme le ordene la persona que los trasmite, llamada fideicomitente, a beneficio ya sea de un tercero llamado fideicomisario o del propio fideicomitente¹⁴⁸.

De Pina Vara señala que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual una persona física o moral, denominada fideicomitente, destina bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos¹⁴⁹.

Sin embargo la Suprema Corte señala que el fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en

¹⁴⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.109.

¹⁴⁶ Vázquez del Mercado, Oscar, *Ob. cit.*, p.515.

¹⁴⁷ Vázquez del Mercado, Oscar, *Ob. cit.*, p.517.

¹⁴⁸ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, México, Porrúa, 1982, p.57.

¹⁴⁹ De Pina Vara, Rafael, *Op. cit.* p.309.

beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria¹⁵⁰.

CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISO

De las definiciones antes descritas se desprenden las siguientes características del fideicomiso¹⁵¹:

- Consiste en el desprendimiento y afectación de parte de un patrimonio, a la realización de un fin.
- En consecuencia, implica una transmisión real de los bienes afectados.
- El fin perseguido debe ser lícito y determinado.
- La realización del fin no quedar a cargo de aquel que se desprendió de los bienes, sino de aquel a quien se transmitieron, en todo caso una institución fiduciaria.
- La obtención de tal fin podrá o no tener un destinatario específico, que en la materia se denomina fideicomisario.

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de

¹⁵⁰ *Amparo Directo 45/77*, séptima época, Sala Auxiliar, *Actualización Civil VI*, 1978-1979, p.256.

¹⁵¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Op.cit.*, p.845.

carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan¹⁵².

La Corte establece que la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso es un negocio jurídico, por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado¹⁵³.

SUJETOS DEL FIDEICOMISO

Los sujetos que intervienen en esta operación de servicio son¹⁵⁴:

Fideicomitente. Puede ser una persona física o moral, con capacidad jurídica para contratar; es quien destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, en términos del Artículo 349 de la LGTOC.

Fideicomisario. Pueden serlo las personas físicas o morales que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. En el acto constitutivo del fideicomiso se pueden designar dos o más fideicomisarios. Son nulos los fideicomisos que se constituyan a favor de la fiduciaria, salvo los casos de excepción señalados en el último párrafo del Artículo 348 de la LGTOC, que establece que La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de las obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto,

¹⁵² Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.109.

¹⁵³ Amparo en Revisión 769/84, Pleno, *Informe*, 1986, p.675.

¹⁵⁴ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, México, Porrúa, 1997, p.221.

las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

El fideicomiso será válido aun cuando en el acto constitutivo no se señale fideicomisario, en términos de los Artículos 347, 348 y 355 de la LGTOC.

Fiduciario. En México, en la actualidad, pueden intervenir con este carácter, entre otras, las instituciones de crédito (bancos); las casa de bolsa; estas últimas en operaciones relativas a la intermediación bursátil; así como las instituciones de seguros y de fianzas, en términos de los Artículos 350 LGTOC, 46 fracción XV de la LIC, 22 fracción IV y 103 de la LMV; 5o. fracción VIII de la LOPAN; 34 fracción IV de la LGISMS y 16 fracción XV de la LFIF, respectivamente.

Delegado Fiduciario. Las instituciones de crédito ejercer los derechos y las acciones tendientes al cumplimiento del fin del fideicomiso, a través de sus delegados fiduciarios, cargo que, por regla general, es desempeñado por altos funcionarios de las instituciones de crédito, en los términos y condiciones establecidos en los poderes conferidos por los bancos, de conformidad con el Artículo 79 de la LIC.

Comité Técnico. En el Artículo 80 de la LIC, se contempla la posibilidad de integrar un cuerpo colegiado, que represente los intereses de las partes, el cual funge como auxiliar de la institución fiduciaria en el cumplimiento de los fines del fideicomiso, debiendo quedar delimitadas, en el acto constitutivo, las facultades y funciones de dicho comité.

DIFERENTES TIPOS DE FIDEICOMISO

Con fines puramente utilitarios destinados al control de la contabilidad interna de la fiduciarias, hace tiempo la CNB¹⁵⁵ clasificó el fideicomiso de acuerdo con sus probables objetos contractuales a fin de facilitar el registro y coordinación contables y financieros de cada institución. A partir de entonces, de acuerdo con las particulares necesidades de cada banco se ha realizado una diferenciación bastante clara, que si bien cambia de uno a otro, son esencialmente los mismos desde el punto de vista de los criterios de clasificación¹⁵⁶.

La referida circular establece la siguiente clasificación de fideicomisos:

De garantía sobre¹⁵⁷:

- ◆ Créditos
- ◆ Valores de renta fija o variable
- ◆ Inmuebles
- ◆ Efectivo
- ◆ Otros

De administración sobre:

- ◆ Créditos
- ◆ Valores de renta fija o variable
- ◆ Inmuebles
- ◆ Efectivo

¹⁵⁵ Circular 14421/751 del 24 de abril de 1970.

¹⁵⁶ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Op.cit.*, p.865.

¹⁵⁷ La figura del fideicomiso de garantía fue incluida en la LGTOC mediante decreto publicado en el *DOF* el 23 de mayo de 2000. El artículo 395 de dicha ley señala que en virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

- ◆ Otros

De inversión sobre:

- ◆ Créditos
- ◆ A instituciones de crédito
- ◆ A empresas y particulares
- ◆ Valores
- ◆ En cuenta corriente con Banco de México
- ◆ De renta fija
- ◆ De renta variable
- ◆ Efectivo
- ◆ Otros

La contabilidad de cada fideicomiso, mandato o comisión, deberá reflejar la misma clasificación.

FIDEICOMISO DE GARANTIA

En relación a los fideicomisos de garantía, la SCJN señala que *en el Fideicomiso en Garantía se transfiere, como es necesario por ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución procederá a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario*¹⁵⁸.

El llamado fideicomiso de garantía no sólo existe en la práctica, sino que es un concepto legal, en términos del Artículo 83 de la LIC. Consiste en la

¹⁵⁸ *Fideicomiso en Garantía, concepto de*, Amparo Directo 45/77, Sala Auxiliar, séptima época, vol semestral 97-102, séptima parte, pág.107.

transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente. Así un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes¹⁵⁹.

Si no se cumple con el pago del crédito (o no se cumple con la prestación garantizada) en el plazo y condiciones estipulados, el fiduciario ejecutará el fideicomiso previa instrucción del fideicomisario en primer lugar y sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para demandar la ejecución, toda vez que las partes pactaron en detalle la forma en que el fiduciario ejecutará el fideicomiso, actualizadas ciertas condiciones; pacto que fue la suprema voluntad de las partes, de conformidad con el Artículo 78 del CCo.¹⁶⁰

ESQUEMA DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA

De los puntos antes expuesto se puede esquematizar este tipo de fideicomiso de la siguiente manera:

Fideicomitente. El propietario del bien que se ofrece como garantía, y a la vez el deudor de la prestación garantizada.

Fiduciario. La institución que recibe la titularidad del bien dado en garantía, y quien lo ejecutará ya sea transmitiéndolo al fideicomisario o subastándolo o vendiéndolo para entregarle su producto.

Fideicomisario. El acreedor al cual el fideicomitente le debe alguna prestación, y a favor del cual redundarán los beneficios del fin del fideicomiso.

¹⁵⁹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Ob. cit.*, p.114.

¹⁶⁰ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Op.cit.*, p.868.

Objeto (Patrimonio). El bien propiedad del fideicomitente, que se transmite a la fiduciaria y que durante el plazo servirán de garantía.

Fin. Garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente a favor del fideicomisario. En caso de incumplimiento la fiduciaria lo verifica y, si lo constata, ejecuta el fideicomiso, lo cual puede ser la transmisión directa al fideicomisario, o la venta o subasta del bien para que su producto se transmita a éste.

Este tipo de fideicomiso es el que más ha motivado la intervención judicial, por tres razones principales:

- 1.- Porque el litigante pretende desvirtuar el fideicomiso haciendo consistir su pretensión en que la garantía "no es un fin determinado o lícito".
- 2.- Porque el litigante pretende desvirtuar la naturaleza de transmisión real del fideicomiso, haciéndola consistir en que el fideicomiso, siendo de garantía, por definición no puede transmitir la propiedad al fiduciario sino sólo la posesión temporal afecta a garantizar.
- 3.- Porque el litigante argumenta que la fiduciaria se excede de sus facultades al actuar en la ejecución como órgano judicial, siendo que no lo es.

Respeto del tercer argumento del litigante, la Corte sostiene la siguiente tesis:

Fideicomiso, no es necesario la intervención de un órgano jurisdiccional para la realización del fin Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si, como ya se dejó asentado al analizar su esencia jurídica, se

tiene presente que en este negocio jurídico, se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria,... que será la única titular de los bienes fideicomitidos...¹⁶¹

EXTINCION DEL FIDEICOMISO

En términos del Artículo 357 de la LGTOC el fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido.
- II. Por hacerse éste imposible.
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución.
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.
- VII. En el caso del último párrafo del Artículo 350 de esta misma ley. Es decir cuando no fuera posible la sustitución de la institución fiduciaria.

El criterio de algunas instituciones de crédito relativo a esta garantía es que no se utilice, toda vez que en términos del Artículo 412 de la LGTOC *las partes*

¹⁶¹ Amparo Directo 45/77, Informe 1977, segunda parte, p.36.

deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorgue fideicomiso de garantía, que en caso de venta del bien o bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir dichas diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.

REVERSION DE LOS BIENES AL FIDEICOMITENTE

Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad o que aquél hubiere sido inscrito, de conformidad con el Artículo 358 de la LGTOC.

FIDEICOMISOS PROHIBIDOS

Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos.
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que éste vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.
- III. Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o

institución de beneficencia. Sin embargo, puede constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

3.5 LA GARANTIA EN MATERIA BURSÁTIL

3.3.1 CAUCION BURSÁTIL

CONCEPTO

El artículo 22 fracción IV inciso b) de la LMV prevé la posibilidad de que las casas de bolsa, con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México, conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con garantía de éstos, sin embargo "en la práctica bursátil ya no se estila el financiamiento para la adquisición de valores, de hecho cuando se opera un contrato de garantía denominado Caución Bursátil, el otorgante del crédito es una institución de crédito y no una casa de bolsa".¹⁶²

El artículo 99 de la LMV¹⁶³ señala que la constitución de garantía sobre los valores a que se refiere el artículo 3¹⁶⁴ de esta ley, podrá otorgarse mediante contrato de caución bursátil que debe constar por escrito, y para la constitución de la caución bursátil como garantía real, bastará la celebración de un contrato de caución bursátil, así como solicitar a una institución para el

¹⁶² Carvallo Yañez, Erick, *Ob. cit.* p. 197.

¹⁶³ Artículo reformado mediante Decreto publicado en *DOF* del 01 de Junio de 2001, en vigor al día siguiente de su publicación

¹⁶⁴ El primer párrafo del artículo 3 de la LMV establece que son valores las acciones, obligaciones, bonos, certificados y demás títulos de crédito y documentos que se emitan en serie o en masa en los términos de las leyes que los rijan, destinados a circular en el mercado de valores, incluyendo las letras de cambio, pagarés y títulos opcionales que se emitan en la forma antes citada y, en su caso, al amparo de un acta de emisión, cuando por disposición de

depósito de los valores, la apertura o incremento de una o más cuentas en las que deberán depositarse en garantía, sin que sea necesario realizar el endoso y entrega material de los valores objeto de la caución, ni la anotación en los registros del emisor de dichos valores. Las partes podrán garantizar una o más operaciones al amparo de un mismo contrato, siempre que éstas sean del mismo tipo.

Todas las garantías constituidas sobre valores depositados en el Indeval¹⁶⁵, se entenderán otorgadas bajo la figura de caución bursátil conforme a lo previsto en el citado artículo, salvo las excepciones previstas en las leyes y disposiciones legales que se deriven de la naturaleza de las operaciones con ellas relacionadas, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Reglamento Interior del Indeval¹⁶⁶.

FORMA DEL CONTRATO DE CAUCION BURSATIL

Como se señaló anteriormente el contrato debe ser por escrito. La falta de forma escrita exigida por la LMV, respecto de los actos o las operaciones que sean contratadas entre las casas de bolsa y su clientela inversionista, produce la nulidad relativa de dichos actos u operaciones.

la ley o de la naturaleza de los actos que en la misma se contengan, así se requiera, y que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores.

¹⁶⁵ El 28 de abril de 1978 se constituyó legalmente el primer depósito de valores en México, bajo la denominación de "Instituto para el Depósito de Valores", como organismo gubernamental con personalidad jurídica y patrimonio propio. En octubre de 1979 esta institución empezó a recibir títulos en depósito. El 21 de julio de 1987, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la privatización de los servicios del depósito de valores. Siendo el 20 de agosto del mismo año cuando el "Instituto para el Depósito de Valores" se constituyó legalmente como sociedad privada, cambiando su denominación a "S.D. Indeval, S.A. de C.V." la cual comenzó a operar el 1º de octubre de este mismo año. Es la única empresa en México autorizada para operar como depósito de valores en los términos establecidos en la Ley del Mercado de Valores (art. 55). Esto mediante la prestación de los servicios de custodia, administración y transferencia de valores; así como la compensación y liquidación de operaciones en un ambiente de inmovilidad física.

¹⁶⁶ De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil* Tomo I, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

CONSTITUCION DEL CONTRATO DE CAUCION BURSATIL

Para la constitución de la caución bursátil no será necesario hacerse el endoso y entrega material de los títulos objeto de la caución, ni en su caso la anotación en el registro del emisor.

El contrato en cuestión deberá ser remitido por la casa de bolsa a la institución encargada del depósito de los títulos, junto con la solicitud para la apertura o incremento de la cuenta de valores depositados en garantía.

VENTA EXTRAJUDICIAL DE LOS VALORES

Se podrá convenir en los contratos de caución bursátil la venta extrajudicial de los valores dados en garantía siempre que, cuando menos, se observe el siguiente procedimiento de ejecución:

- I. Que las partes designen de común acuerdo a un ejecutor de la caución bursátil. Nombramiento que podrá recaer en una casa de bolsa distinta a la que intervenga en la operación o en una institución de crédito que no forme parte del mismo grupo financiero al que pertenezca la casa de bolsa que intervenga en la operación respectiva.
- II. Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa al importe de la caución, según sea el caso, éste podrá solicitar al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía.

- III. De la petición del acreedor, el ejecutor dará vista al otorgante de la caución, el que podrá oponerse a la venta, únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el comprobante de su entrega al acreedor, o aportando la garantía faltante. De esta petición el ejecutor también dará vista a la institución para el depósito de los valores a la que se haya remitido el contrato de caución bursátil, para efectos de que ésta inmovilice los valores afectos en garantía.
- IV. Si el otorgante de la garantía no exhibe o acredita el pago o incrementa la caución en cantidad suficiente, según sea el caso, el ejecutor ordenará la venta de los valores materia de caución a través de bolsa de valores y a los precios del mercado, los que entregará al acreedor. El remanente, tanto en efectivo como en valores, si lo hubiere, quedará a disposición del otorgante de la caución.

En los contratos de caución bursátil podrá pactarse la facultad del otorgante de la caución, antes de que se hagan las notificaciones previstas en la fracción III ante referida, para sustituir a satisfacción del acreedor los valores dados en garantía.

3.6 FIGURAS AFINES

3.6.1 STAND-BY

El Stand-By (desarrollado por sistema bancario de los Estados Unidos de América) es una derivación del Crédito Documentario¹⁶⁷, por lo que también,

¹⁶⁷ De la interpretación conjunta de los Artículos 317 de la LGTOC y 71 de la LIC, se puede definir al *Crédito Documentario* como el contrato de naturaleza ejecutiva que debe constar por escrito, en virtud del cual, el banco se obliga por cuenta de su cliente al pago de una obligación directa hacia un tercero, y el cliente queda obligado a hacer provisión de fondos a la institución que asumirá el pago, con la suficiente anticipación.

se rige por las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara Internacional de Comercio, Publicación 500 revisión 1993.

DEFINICION DE STAND-BY

Autoridades en materia de Créditos Documentarios definen al Stand-By como aquel que se emite para suplir una falta o garantizar un incumplimiento de pago.

Los Stand-By se emiten con la idea de que no sean utilizados y que como su nombre lo dice estén **A LA ESPERA DE** (solamente como garantías).

FUNCIONAMIENTO DEL STAND-BY

- Fuera del Stand-By existe un acuerdo entre Ordenante u Beneficiario para efectuar el(los) pago(s) y sólo en el caso de que el Ordenante no lo(s) efectúe en la fecha prevista, el Beneficiario ejerce el Stand-By.
- Por su naturaleza de Garantía, todos los Stand-By se emiten como Confirmados y Disponibles a la Vista, contra la presentación de una Carta de Incumplimiento emitida por el Beneficiario certificando el incumplimiento de la obligación del Ordenante.
- La Carta de Incumplimiento, en términos generales expresa lo siguiente: "We hereby certify that applicant (nombre del Ordenante) has failed in the payments due". En español quedaría como sigue: "Certificamos que el Ordenante ha incumplido en sus compromisos de pago con nosotros."
- Por práctica bancaria se requiere también que el Beneficiario presente un título de crédito (letra de cambio) a la vista.

Los Stand-By se otorgan para garantizar tres tipos de operaciones:

Venta de Mercancías. Se utiliza para garantizar el pago a un proveedor de mercancías si el comprador no cubre el adeudo de los embarques ya realizados y en el plazo convenido en un contrato de compraventa. El beneficiario del Stand-By realiza el cobro a la vista contra la presentación de una Carta de Incumplimiento emitida por él, donde hace constar que el ordenante (comprador) incumplió en los pagos. A la carta de incumplimiento se le agrega la presentación de la letra de cambio a la vista.

Prestación de Servicios. Es el más común y al igual que el anterior, garantiza al beneficiario el incumplimiento del pago del servicio prestado al ordenante. El beneficiario del Stand-By cobra, presentando la Carta de Incumplimiento y letra de cambio girada a la vista al Banco Confirmador.

En la práctica se otorga para garantizar:

- Arrendamiento de Equipo (sobre todo para la industria de la construcción de grandes proyectos carreteros, presas o del Metro).
- Transferencia de Tecnología.
- Uso de señales de telecomunicaciones para transmitir eventos especiales.
- El derecho a utilizar aeropuertos (hangares, abastecimiento de combustible y uso de pistas) por parte de las aerolíneas.

- Alquiler de habitaciones de hotel para excursiones organizadas por agencias de viajes, o para convenciones que llevan a cabo organizaciones empresariales o instituciones gubernamentales.

Otorgamiento de Préstamos. Son aquellos que se emiten a favor de un banco para que, con base en ese Stand-By, éste banco otorgue un préstamo o de facilidades crediticias a una empresa.

Este tipo de Stand-By tiene las siguientes características:

- Los emite un banco a favor de otro banco.
- El banco que emite, lo hace por cuenta y orden de una empresa interesada en que se den facilidades crediticias a otra empresa en el extranjero que no es sujeto de crédito.
- El Banco Beneficiario del Stand-By, al contar con la garantía del Banco Emisor, procederá a otorgar el(los) préstamos a la empresa solicitante (dependiendo de lo estipulado en el Stand-By) y en caso de que ésta incumpla en el pago de tales préstamos, el Banco Beneficiario procederá a ejercer a la vista el Stand-By contra transmisión de un mensaje (swift o telex) al Banco Emisor, haciendo constar el incumplimiento de pago.

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS STAND-BY's

- En el Stand-By aparecen las mismas partes que en el Crédito Documentario: Ordenante, Beneficiario, Banco Emisor y Banco Confirmador.

- Su propósito es de servir como GARANTIA, más que de instrumento de pago.
- Para su negociación o pago, sólo se requiere que el beneficiario presente como documento una Carta de Incumplimiento, emitida por él, donde certifique que el ordenante incumplió en el(los) pago(s) y/o las obligaciones.

FUNDAMENTO LEGAL DEL STAND-BY

El fundamento legal del Stand-By se encuentra en el Artículo 46 fracción VIII de la LIC, el cual señala lo siguiente:

Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.

No obstante lo anterior, no hay que perder de vista que si no se garantizan este tipo de operaciones, el banco emisor que garantice la operación determinada incurriría en la prohibición prevista en la fracción VIII del Artículo 106 de la LIC, toda vez que a las instituciones de crédito les estará prohibido contraer responsabilidades u obligaciones por cuenta de terceros, distintas de las previstas en la fracción VIII del Artículo 46 de la LIC, antes referida.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL STAND-BY Y EL CREDITO DOCUMENTARIO

STAND-BY

Su propósito es servir únicamente como garantía. Se pueden emitir a más de 180 días. Son negociables a la vista.

Para su negociación o pago, sólo es necesaria la presentación de una Carta de Incumplimiento emitida por el beneficiario.

Por su naturaleza (garantía) deben ser confirmados.

Por apertura causa una comisión de 4% anual, y sólo si se ejerce, se cobra la comisión de pago a una tasa similar.

CREDITO DOCUMENTARIO

Su propósito es servir como fuente de pago.

Se emiten normalmente con una vigencia de 180 días.

Es pagadero a la vista o contra aceptación, incluyendo también el pago diferido.

Para su negociación, se requiere la presentación de la factura comercial, documentos de transporte y en algunos casos, listas de embarques y certificados.

Se emiten con o sin confirmación.

Causa una comisión de apertura de 3.5 al millar más IVA, por cada período de 90 días o fracción, además de las comisiones de pago (misma tasa, 3.5 al millar) o de aceptación (3% anual).

3.6.2 GARANTIAS CONTRACTUALES O BONDS

DEFINICION DE GARANTIAS CONTRACTUALES O BONDS

Son aquellas operaciones mediante las cuales, las instituciones bancarias **garantizan y respaldan la participación de empresas en concursos o licitaciones públicas internacionales**, para la adjudicación de contratos de venta de mercancías o para la prestación de servicios.

CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS GARANTIAS O BONDS

- Están regulados por la Cámara Internacional de Comercio, Publicación 325 para Garantías Contractuales.
- Intervienen cuatro partes: Vendedor (ordenante del Bond), Comprador (beneficiario del Bond), Banco Emisor y Banco Confirmador.
- Por su naturaleza de Garantías, tienen el carácter de **Irrevocables y Confirmados**.
- El valor del Bond representa sólo un porcentaje del valor total de la operación, que por lo general va de un 5% a un 50% del monto del contrato adjudicado. Esto lo definen directamente el beneficiario con apego a los términos de la licitación.
- El vencimiento va de acuerdo con el tipo de Bond que se requiera. Así por ejemplo, si se habla de BID-BOND, el vencimiento va a estar en relación con la fecha de realización del concurso o licitación; el del PERFORMANCE-BOND, estará en concordancia con el vencimiento del contrato adjudicado, etc.
- Se aplican las mismas comisiones que para los Stand-By, esto es 4% anual por apertura más IVA, e igual porcentaje por negociación o pago.

FORMA DE NEGOCIACION DEL BOND

Se puede negociar el Bond contra la presentación de un documento previamente definido por ambas partes, que certifique el incumplimiento o falta. Un **Statement** o **Carta de Incumplimiento** emitido por el beneficiario del Bond, es suficiente para cobrarlo. En algunos casos, se requiere que esa certificación sea emitida por un tercero (notario público, perito, valuador o especialista) que de fe del incumplimiento. En tal caso, los Bancos sólo vigilarán que tal certificación haya sido aparentemente emitida, sellada, firmada o certificada por esa tercera parte designada en el Bond.

Este tipo de garantías o Bonds, son instrumentos similares a las Fianzas Mercantiles; sin embargo, las fianzas son expedidas por afianzadoras las cuales no cuentan con la infraestructura ni la posición financiera que tienen los bancos.

DIFERENTES TIPOS DE GARANTÍAS O BONDS

Existen diferentes tipos de Garantías o Bonds, de acuerdo al tipo de operación que garantizará, y son los siguientes:

Bid-Bond. Tiene la finalidad de garantizar el ***Sostenimiento de Oferta.*** Garantiza al importador que el exportador sostendrá su oferta en los términos propuestos y firmará el contrato en caso de adjudicarse la licitación.

Performace Bond. Esta garantía le asegura al comprador el ***Cumplimiento de Contrato*** por parte del vendedor. Este tipo de garantía es muy usual en comercio exterior para garantizar derechos aduanales, impuestos, cuotas de seguridad social, etc.

Advance Payment Bond. Tiene por objeto Garantizar el **Buen Uso de Anticipos** que reciba el vendedor del comprador. Garantiza al importador que cualquier anticipo que proporcione al exportador será utilizado por este último en los términos del contrato o será devuelto al importador.

Tender Bond. Tiene la finalidad de otorgar garantías **Previas a la Presentación de la Oferta**. Garantiza al importador que el exportador es competente técnica y financieramente para ejecutar los contratos.

Maintenance Bond. Tiene el propósito de garantizar el **Mantenimiento o Buen Funcionamiento** de la mercancía objeto de venta.

De los cinco Bonds mencionados, los más solicitados son el **Bid-Bond** y el **Performace Bond**.

3.6.3 CARTA GARANTIA

CONCEPTO

Documento por medio del cual, una empresa nacional o extranjera (garante) se obliga a pagar por cuenta de sus filiales o subsidiarias domiciliadas en México, los créditos otorgados a éstas (incluyendo capital, intereses y sus accesorios), en caso de incumplimiento.

OBJETIVOS DE LA CARTA GARANTIA

- Contar con una fuente alterna de pago que aumente la probabilidad de recuperación, de créditos garantizados con esta figura.
- Establecer por escrito la obligación de una empresa de garantizar operaciones de crédito contraídas por sus filiales o subsidiarias.

FORMA

- Debe ser por escrito y estar dirigida al acreedor.
- Firmada por el representante de la empresa garante.
- Debe estar ratificada ante fedatario público competente de la jurisdicción que se trate.

CONTENIDO DE LA CARTA GARANTIA

En la carta garantía, la empresa garante debe declarar que:

- 1.- Renuncia a cualquier beneficio que tenga para oponerse a cumplir con la obligación a garantizar o desvirtuarla.
- 2.- En caso de que se estipule algún bien para garantizar la obligación principal:
 - Debe estar libre de gravamen, carga fiscal o y tributaria, limitación o daño.
 - Si propiedad no debe estar limitada condicionada en forma alguna
- 3.- No requiere del consentimiento de terceros para otorgar la garantía.
- 4.- No viola una política interna o regulación de la jurisdicción que corresponda.

- 5.- No contraviene con otros compromisos adquiridos o por adquirir, el hecho de garantizar la obligación.
- 6.- No existan procedimiento en su contra, acusaciones o reclamaciones pendientes, que afecten o puedan afectar materialmente a la empresa garante.
- 7.- No tengan inmunidad sus bienes para la adjudicación, en su caso.

CRITERIOS INSTITUCIONALES

- El Plazo de la carta garantía debe abarcar todos los vencimientos de los financiamientos que ampare.
- Debe vencer 15 días naturales después de que venzan los títulos de crédito provenientes de las disposiciones de los créditos.
- La garantía no debe anularse, modificarse, cancelarse o desvirtuarse por ninguna causa hasta que la totalidad de la cantidad garantizada, más sus accesorios sean pagados.
- La garantía debe subsistir no importando si el garante se transforma, se reorganiza, se fusiona o realiza cualquier acto por el cual pueda pensarse que no es la misma entidad.

3.6.4 COMFORT LETTER

CONCEPTO

Es una declaración por escrito de una empresa nacional o extranjera (declarante) que posee control accionario de una sociedad mexicana, en la cual establece su conformidad con respecto a los créditos que soliciten a las instituciones de crédito y su compromiso moral de apoyarla y de mantener su participación accionaria y administrativa en la empresa.

Este compromiso tiene diversos grados de obligación en el extranjero, dependiendo de la jurisdicción en la cual se emita este documento, por lo que su ejecución es difícil. En México, carece de fundamento o fuerza legal, por lo que no es susceptible de ejecutarse.

OBJETIVOS DE LA COMFORT LETTER

- Contar con un elemento de negociación para influir en las condiciones financieras del acreditado, en la administración y recuperación de crédito.
- Establecer un compromiso moral que aumente la probabilidad de recuperación de los crédito que otorguen las instituciones de crédito.

FORMA

Debe establecerse por escrito que contenga cuando menos las siguientes declaraciones de la empresa emisora:

- Consentimiento para que la solicitante contrate el crédito respectivo.
- Porcentaje de participación en el capital social del acreditado.
- Compromiso de mantener su participación accionaria actual en la empresa acreditada.

- **Vigilar la administración del acreditado, para que cumpla con los compromisos financieros adquiridos.**

CONCLUSIONES

1. Desposesión de los bienes pignorados en los créditos a la producción

Una de las excepciones a la desposesión de los bienes pignorados tiene lugar en los créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios, que por su naturaleza debe quedar en poder del acreditado o deudor prendario con el fin de seguir explotándolos, transformándolos o usándolos para dar cumplimiento al objeto o giro de la propia empresa o actividad del propio acreditado, cuando sea persona física. Cuando el acreditado sea persona moral, la depositaría de los bienes normalmente la ejerce el principal accionista de la empresa, para poder ejercer, de ser necesario, una acción civil, por daños y perjuicios, o penal, por abuso de confianza. El uso de tales bienes constituidos en garantía prendaria le permite al acreditado continuar con la operación normal, para generar el flujo de pago del crédito otorgado a su favor, toda vez que dicho flujo es la fuente primaria de pago. En estas clases de créditos no se puede pactar la desposesión de tales bienes, toda vez que estaría en contra de la naturaleza misma de estas figuras de crédito.

2. Problemática de constitución de la garantía natural del crédito en los créditos de Habilitación o Avío bajo la forma de apertura de crédito Cuenta Corriente.

Como se señaló anteriormente, los requisitos de constitución de la garantía natural para este tipo de crédito son los siguientes:

- ♦ Identificación de los bienes que se ofrecen en garantía (programa de inversión y producción)

- ◆ Se podrá consignar en contrato privado, firmado por dos testigos.
- ◆ Ratificación del contrato ante fedatario público.
- ◆ Inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio correspondiente, según la ubicación de los mismos.

En la apertura de crédito en cuenta corriente el acreditado puede disponer del crédito en varias partidas, teniendo derecho a hacer remesas en reembolso parcial o total antes de la fecha fijada para el pago, quedando facultado, mientras el plazo del contrato no concluya, a volver a disponer del saldo a su favor. Cada una de las disposiciones que realice el acreditado tendrán un destino forzoso, que sería invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa. Por cada disposición que el acreditado realice, deberá constituirse prenda sobre los tales bienes, cumpliendo con los requisitos de constitución antes referidos.

Para vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones del acreditado y sobre todo que el importe de los créditos de cada una de las disposiciones se inviertan precisamente en los objetos determinados en los contratos, el acreedor tiene derecho de designar en todo momento un interventor, y el deudor prendario tiene la obligación de dar las facilidades necesarias para que el interventor cumpla con su función en términos de lo previsto por el Artículo 327 de la LGTOC.

En la práctica bancaria la constitución de estas prendas previamente a cada disposición del crédito en cuenta corriente, resulta poco funcional y onerosa,

por los honorarios del fedatario por la ratificación de cada contrato de prenda y por los derechos de inscripción de cada contrato en el Registro Público de Comercio.

3. Prenda mercantil como medio de pago (pacto comisorio)

La garantía prendaria sobre derechos, puede generar un flujo de dinero, a favor del deudor prendario, como en los siguientes casos: contratos de crédito, contratos de servicios, contratos de arrendamiento civil, mismos que deben instrumentarse jurídicamente de tal forma que pueda ser un medio de pago del crédito, siempre y cuando se siga con lo previsto en el Artículo 344 de la LGTOC, a fin de evitar retraso en la ejecución de la prenda por vía judicial.

Considero que esta figura puede ser utilizada con mayor frecuencia, cuidando en todo momento que se cumplan los requisitos de constitución de garantía y del pacto comisorio, y sobre todo hacer coincidir los vencimientos de las respectivas amortizaciones con los pagos del contrato donde constan los derechos objeto de la garantía.

4. Efectividad del fideicomiso como medio de pago.

El fideicomiso de pago es otra figura recomendable en la práctica bancaria, toda vez que representa agilidad en su instrumentación y ejecución, toda vez que no hay un procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento, porque no es un fideicomiso de garantía.

Esta figura es un medio de pago, por el cual se establece un esquema de pagos de capital e intereses con cargo al patrimonio, en donde el banco acreditante es el fideicomisario en primer lugar.

El fiduciario no requiere de instrucción de parte del fideicomisario en primer lugar para realizar el pago de amortizaciones y accesorios a sus respectivos vencimiento, porque uno de los fines del fideicomiso es pagar al vencimiento de cada concepto. El pago no puede ser realizarse con posterioridad al vencimiento del crédito, porque entonces su función sería de garantía.

5. Crédito refaccionario a empresas inmobiliarias, comercializadoras y de servicios.

En la práctica bancaria se otorgan crédito refaccionarios a empresas en cuyo objeto social señala que se dedican a la fabricación, transformación, manufactura o maquila de bienes o productos determinados, pero existen empresas que en su objeto social no tiene contemplado estos supuestos. Tal es el caso de las inmobiliarias, transportistas, comercializadoras y empresas de servicio, que no se dedican a la fabricación, maquila, etc., pero que para el cumplimiento de su objeto solicitan créditos refaccionarios. La aplicación del crédito queda comprendido dentro de los supuestos que establece el Artículo 323 de la LGTOC, por lo que la acreditada esta produciendo un servicio en cumplimiento a su objeto social. Por ejemplo, una transportista que solicita financiamiento para la adquisición de un tracto-camión. El equipo de transporte no será transformado por otros productos, pero si producirá un servicio en cumplimiento al tipo de crédito y a su objeto social; o la adquisición de equipo de telecomunicaciones para una empresa radiodifusora, etc.

Por lo anterior, considero que este tipo de créditos no debe estar limitado únicamente a determinadas empresas que se dedican a la fabricación, sino que se extienda otras más, como las que mencioné anteriormente.

6. Promoción del stand-by como emisor y como beneficiario

El establecimiento de Stand-By's considero que también es buena alternativa para garantizar cualquier tipo de contrato de crédito, no es medio de pago, aunque es más onerosa que la prenda y el fideicomiso de medio de pago, pero es de fácil instrumentación y ágil ejecución. En la práctica bancaria no se promueve muy bien esta figura, tal vez pudiera ser por falta de información o capacitación.

Para hacerla efectiva, normalmente se requiere de la presentación de una reclamación por escrito o certificación de incumplimiento (written statement) suscrita por el beneficiario, pudiendo acompañarse del título de crédito vencido y no pagado.

Los Stand-By's que llegan a instrumentarse realmente son para no utilizarse, porque únicamente están *a la espera de* que se verifique el incumplimiento y éste sea notificado al banco emisor.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, Porrúa, México, Octava Ed., 2000.
- _____ y Almazán Alaniz, Roberto, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, México, Porrúa, 1997.
- Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Contratos Civiles*, Tercera Ed., Porrúa, México, 1982.
- Bauche Garciadiego, Mario, *Operaciones Bancarias, Pasivas y Complementarias*, Ed. Porrúa, México, 1974.
- Carvalho Yañez, Erick, *Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano*, México, Segunda ed. Porrúa, 1997.
- Chirino Castillo, Joel, *Derecho Civil III Contratos Civiles*, Segunda Ed., McGRAW-HILL, México, 1996.
- Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, México, Harla, 1992, tomo II.
- De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil Tomo I*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.
- De Pina Vara, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, Decimoséptima Ed., Porrúa, México, 1984.
- _____ *Diccionario de Derecho*, Décima Sexta Ed., Porrúa, México, 1989.
- Flores Gómez González, Fernando, *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil*, Octava Ed., Porrúa, México, 1996.
- Frisch Philip, Walter, *La Sociedad Anónima*, México, Harla, 1995.
- Giorgana y Frutos, Víctor M., *Curso de Derecho Bancario y Financiero*, Porrúa, 1ra. Ed., México.
- Macchi, Luis, *Diccionario de la Lengua Latina*, Buenos Aires, Don Bosco, 1958.
- Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1975.
- Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Primera Ed., Textos Jurídicos Bancomer, 1997.
- Nolan, Joseph and Nolan-Haley, Jacqueline, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1990.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles*, Quinta Edición, Porrúa, México, 1998.
- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Vigésimoprimerá Ed., Porrúa, México, 1994.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Oct. Ed., Porrúa, México, 1997.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos*, Vigésima Segunda Ed., Porrúa, México, 1993.

Rosado Echánove, Roberto, *Elementos de Derecho*, Vigésima Octava Ed., Ediciones Eca, México, 1998.

Vásquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, Octava Ed., Porrúa, México, 1998.

Villegas H., Eduardo y Ortega O., Rosa Ma., *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Ed. Pac. 2da. Ed., México.

Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, México, Porrúa, 1982.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1996.

DIARIO OFICIAL

Del 29 de diciembre de 1950 (LFIF)

Del 29 de diciembre de 1976 (LOAPF)

Del 23 de diciembre de 1993 (LBM)

Del 17 de diciembre de 1995 (Reformas a la LBM)

Del 15 de julio de 1996 (Modificación a las reglas de capitalización)

Del 23 de enero de 1998 (Reformas a la LBM)

Del 23 de mayo de 2000 (LGTOC fideicomiso de garantía)

Del 29 de mayo de 2000 (CCF)

Del 29 de noviembre de 2001 (Transformación del Patronato del Ahorro Nacional, Organismo

Descentralizado del Gobierno Federal, en el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional de Crédito)

AMPAROS

Amparo Directo 45/77, séptima época, Sala Auxiliar, Actualización Civil VI, 1978-1979

Amparo en Revisión 769/84, Pleno, Informe, 1986.

Amparo Directo 45/77, Informe 1977, segunda parte.

Amparo Directo 45/77, Sala Auxiliar, séptima época, vol. semestral 97-102, séptima parte.

CIRCULARES CNBV

14421/751 del 24 de abril de 1970 (fideicomisos, mandatos y comisiones)

S/N del 12 de febrero de 1998 (disposiciones de carácter prudencial en materia de crédito)

CIRCULAR BANCO DE MEXICO

2019/95 del 20 de septiembre de 1995 (operaciones activas, pasivas y de servicios)

SIGLAS

CCF	Código Civil Federal
CCo	Código de Comercio
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
FIRA	Fideicomisos Instituidos por Relación a la Agricultura
FOGA	Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos de la Vivienda
FOGAIN	Fondo de Garantía para la Industria
FOMEX	Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados
FOVI	Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda