

354
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho



DERECHO

EL CONTRATO DE

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
ESTUDIOS PROFESIONALES

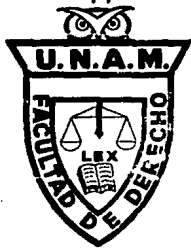
FIANZA

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA
FIANZA CIVIL Y LA MERCANTIL

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

Mario Francisco González Franyutti



MEXICO, D. F.

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

Nadie puede negar la importancia de las garantías en una sociedad de corte económico como el de México, puesto que cualquiera de los integrantes de una comunidad necesariamente se debe interrelacionar con los demás miembros a través de derechos y obligaciones, ya sea como sujeto pasivo o sujeto activo, y el incumplimiento de éstos necesariamente afecta el desenvolvimiento y desarrollo de la misma.

Una vez establecida una relación jurídica de obligación, sin importar su fuente, el sujeto activo queda facultado para poder exigir al sujeto pasivo de la relación el cumplimiento de la misma, independientemente del poder coercitivo que también tiene derecho a solicitar al estado para que compela al deudor al cumplimiento, pero vemos que si no existieran las garantías, el deudor sólo tiene para responder a sus obligaciones su patrimonio, mismo que puede tener variaciones en el momento del nacimiento de la obligación como al momento de cumplir con éstas, ya sea por actos de buena fe, negligencia o fraude.

Si bien es cierto que el patrimonio del sujeto pasivo puede por sí constituir garantía suficiente para el crédito que recibe del sujeto activo, también es cierto que el acreedor en todo el tiempo que dure la relación establecida con su deudor, correrá el riesgo de sufrir las alteraciones del patrimonio antes descritas, a tal grado, que puede llegar a ser irreparables, volviéndose nugatoria la garantía general con la que contaba.

Sólo en el caso de que un acreedor posea seguridad plena del cumplimiento de una obligación, tendrá la confianza suficiente para conceder el crédito que le haya sido solicitado o le sea debido; por lo que necesariamente se buscaran seguridades para protegerse de los peligros que corren frente a las diversas conductas que sus deudores puedan llegar a realizar sobre su patrimonio.

Por lo anterior, queda plenamente justificada la necesidad de las garantías para mantener el equilibrio económico de las obligaciones, y se justifica que ese hecho haya venido a ser regulado por el derecho otorgando mayor seguridad jurídica a todos los que en un momento dado nos encontramos con un crédito debido de otra persona.

La estructuración dada por el derecho a las seguridades se basa en la figura jurídica del contrato, entendido como el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y así nacen los Contratos de Garantía. De esta manera a través del tiempo se desarrolla la prenda, la hipoteca, el fideicomiso en garantía y principalmente la fianza, tanto civil como mercantil, cuyas características serán analizadas en la presente obra.

Debemos resaltar que la fianza, en la actualidad, es la garantía por excelencia, dada la frecuencia y magnitud con que se emplea, tanto la civil como la mercantil, por lo que indudablemente que el estudio y conocimiento de dicho contrato trae aparejado un mejor dominio de las obligaciones, columna vertebral del Derecho Civil y éste a su vez del Derecho Mercantil.

Capítulo I.

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO DE LAS

GARANTIAS REALES Y PERSONALES

A) DERECHO ROMANO

Es indudable que el Derecho Romano es de los mas antiguos, el mas difundido y el que mayor influencia ha tenido en la historia de las tradiciones jurídicas en el mundo, pues lo encontramos en la mayor parte de la Europa occidental, en toda América Latina y en muchas partes de Africa, Asia y el Medio Oriente y de ahí su importancia de conocerlo para poder entender el Derecho de cualquier país con tradición jurídica romanista.

Así tenemos que la fianza presentó en el Derecho romano diversas modalidades (1):

1.- Adpromissio, que es la fianza constituida por medio de un contrato verbal accesorio. Esta modalidad

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

presenta tres formas: dos antiguas, la sponsio y la fidepromissio y otra más reciente, fideiussio, única subsistente en el Derecho justiniano.

2.- El constitutum de deuda ajena

3.- El mandato cualificado.

La sponsio y la fidepromissio constituían en una estipulación que, a continuación de la celebrada entre acreedor y deudor, celebraban dicho acreedor y el fiador (adpromissor) prometiendo éste pagar lo mismo que acababa de prometer el deudor principal.

La modalidad del adpromissio era la que utilizaban exclusivamente los civis, mientras que la otra forma, el fidepromissio podía ser utilizada por los peregrinos. Con sola dicha diferencia, su régimen fue exactamente el mismo, con las siguientes características (2):

a) Solamente podía garantizar obligaciones provenientes de una stipulatio;

b) La obligación del sponsor y del fidepromissor se extinguía con la muerte de éstos, no pasando a sus

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

herederos;

c) Extinguía también, con arreglo a lo dispuesto en la lex Furia, por el transcurso de dos años desde que la garantía se prestó, si los sponsors o fidepromissores eran de Italia;

d) Por disposición de la misma ley, el acreedor se vio obligado, en caso de ser varios los fiadores, a fraccionar, repartiendo entre ellos su reclamación;

e) Sin duda por esto, otra ley impuso al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número de sponsors y fidepromissores;

f) El sponsor que pagó disponía de una actio depensi ejecutiva contra el deudor que no le reintegrase lo pagado en un plazo de 6 meses, acción concedida por una ley publilia, pudiendo también dirigirse contra los demás fiadores, si los había, a los cuales se consideraba como sus socios en virtud de una ley Appuleia (3).

Como ya se había indicado anteriormente, la sponsio y la fidepromissio ya no lo encontramos en el derecho

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

justiniano, pero aparece la otra modalidad de fianza, que es la que perdura en el Corpus Iuris: la fideiussio, cuya forma de contratarla es también la stipulatio.

Como nota característica de esta figura jurídica, el fiderussio sirve para garantizar toda clase de obligaciones aunque no provengan de un contrato verbal, e incluso aunque sean obligaciones naturales. El fiador se obliga a lo mismo que el deudor principal y, de ordinario, en la misma medida, si bien puede no garantizar la totalidad de obligación principal, obligándose in levisem causam, nunca in diuorem, es decir, es una obligación más gravosa que la del deudor. Esta es siempre la principal, y su nulidad implica la de la obligación del fideiussor, no viceversa.

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

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

Hasta el Derecho justiniano, el acreedor podía dirigirse indistintamente, para hacer efectivo su crédito, al deudor principal o al fiador. Justiniano

introdujo el *beneficium excussionis*, en virtud del cual el fideiussor rechazaba la demanda si antes el acreedor no había actuado infructuosamente contra el deudor principal.

Como punto final, cuando los fiadores eran varios, existía también en un principio la misma posibilidad de pedir indistintamente a cualquiera la totalidad de la obligación. Pero una epístola Hadriani ordenó la división de la reclamación entre los fiadores solventes en el momento de la *litis contestatio* (*beneficium divisionis*).

B) DERECHO ESPAÑOL

Como ya se había indicado anteriormente, la fuente histórica del Derecho español la constituye el Derecho romano, y por consiguiente la fianza, con algunas pequeñas diferencias, pasa íntegra, desenvolviéndose a través de diferentes leyes hasta llegar al derecho actual. El Derecho español coloca el origen de la fianza en el Fuero Real y la Leyes de Partidas, estableciéndose las principales reglas de este contrato (4).

(4) VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo III, pp. 614.

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

Una innovación que encontramos en la mencionada Ley, respecto a la fianza del derecho romano la localizamos en los beneficios de orden y exclusión y el de división, siendo su diferencia que en ésta se estableció la posible renuncia de los mismos y el beneficio de división lo otorgaba de pleno derecho (5).

La definición que sobre la fianza nos da la Ley de las Siete Partidas, coincide con la del Derecho romano: "es un contrato por el cual una o más personas se obligan a pagar una deuda o a responder de la obligación de un tercero en caso de que él no cumpla" (6). En sus características igualmente coinciden ya que es una obligación accesoria, consensual, gratuita (aunque puede ser oneroso y por consiguiente bilateral).

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

(6) VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Ob. Cit. pp. 614.

Continuando dentro de la legislación española, a grandes rasgos podemos citar el Código Civil Español de 1888, que incorpora ciertas características a la fianza como la accesoriidad, la gratuidad y la unilateralidad; señala los beneficios de orden división y excusión, así como la subrogación en los derechos del acreedor a favor del fiador cuando éste ha pagado. Distingue las fianzas en legales, convencionales y judiciales (7).

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

(7) CERVANTES ALTAMIRANO, EFREN. Ob. Cit. pp. 12.

C) DERECHO FRANCES

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

Este ordenamiento, por lo que respecta a la fianza, conserva básicamente los lineamientos que ha grandes rasgos hemos señalado en el caso del derecho romano; la fianza en el Código Civil Francés es definida en su artículo 2011 como: "La fianza es un contrato por el cual, un tercero que se denomina fiador, se obliga en favor del acreedor a cumplir la obligación del deudor, si este no la cumple personalmente" (Comp. art. 2011) (8).

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

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

Por otra parte, las relaciones entre el fiador y el acreedor son las mismas, salvo ciertas diferencias: Si hay varios deudores sobre un mismo deudor, por una misma deuda, quedan obligados cada uno por la totalidad de aquella (artículo 2025), se establece los beneficios de excusión y división, pero el primero debe oponerse como excepción dilatoria y existen tres condiciones para el fiador que la opone; únicamente la tercera se diferencia del actual Derecho Español moderno "debe anticipar los gastos de la discusión"; el beneficio de excusión se niega al fiador judicial y a su "certificador" (9).

D) DERECHO ITALIANO

En el Derecho Italiano, tal vez donde mas se ha conservado la tradición jurídica romana, la fianza se

(9) Cfr. PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGE. Ob. Cit. pp. 895.

define como "la obligación (accesoria) que alguien (fiador o garante o caucionero) 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" (10).

De donde se desprende que todo el patrimonio del fiador esta a disposición del acreedor garantizado, hasta la concurrencia de los derechos de este último.

El Derecho Italiano reconoce, a voluntad de los contratantes, la fianza simple, la cual goza del beneficio de excusión. Esta modalidad es voluntaria, nace de la libre determinación del fiador. La fianza no puede exceder de lo que debe el deudor principal, aun cuando se pueda contratar parcialmente (11).

Otra característica que encontramos en el Derecho Italiano es que la fianza, salvo pacto en contrario, se extiende a todos los accesorios de la deuda principal y a los gastos inherentes a ella. Puede haber varios

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

(11) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. pp. 261.

fiadores para una sola obligación y debe ser asumida expresamente, ya que no se presume.

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

Así mismo, las relaciones internas entre deudor principal y fiador, supuesto que este último haya cumplido con respecto al acreedor, se determinan varios efectos (12):

a) El fiador queda subrogado en los derechos del acreedor que tenía frente al deudor principal;

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

(12) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. pp. 138.

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

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

c) Además, el fiador puede accionar para ser liberado de la obligación de la fianza, o bien obtener garantías, para la satisfacción de los eventuales derechos de repetición, en los siguientes casos (13):

- 1.- Cuando sea demandado en juicio para el pago.
- 2.- Cuando el deudor se haya hecho insolvente.
- 3.- Cuando el deudor se haya obligado a liberarlo de la fianza dentro de un tiempo determinado y este tiempo haya transcurrido.
- 4.- Cuando la deuda se haya hecho exigible, por el

(13) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. pp. 138-139.

vencimiento del termino al que estaba sometido.

- 5.- Cuando haya transcurrido 5 años y la obligación principal no tenga un término, salvo en caso de que la misma sea de tal naturaleza, que no se pueda extinguir antes de un tiempo determinado.

En el Derecho Italiano la fianza se extingue de varios modos (14):

A) Ante todo, y por la naturaleza de accesoriadad de la fianza, por la extinción de la obligación principal.

B) Cuando el acreedor otorga créditos o prorrogas al deudor principal, sin la especial autorización del fiado, aun conociendo su sobrevenida menor solvencia.

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

Por último, el Derecho Italiano contempla otra figura jurídica denominada caución (manleva), que es la

(14) Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. Ob. Cit. pp. 139-140.

obligación asumida frente a otro, de ponerlo a salvo de las consecuencias patrimoniales dañosas derivadas de un determinado evento, o del hecho del propio causionario, o de terceros, y que podrá verificarse o no. No puede considerarse obligación de fianza porque no hay obligación actual ha garantizar; por lo que podría asemejarse más bien, a la manleva.

E) DERECHO ALEMÁN

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

Como quiera que el fiador sólo responde del cumplimiento de la obligación ajena, es evidente que solo responde si existe realmente la obligación

principal; pero también puede afianzarse deudas futuras o condicionales (incluso deudas que solo se determinan en general, por ej. las que nazcan de una relación de negocios). Para entonces la obligación del fiador se halla principalmente en estado de dependencia y depende del nacimiento de la obligación principal.

Asimismo, el C.C. alemán estipula que el fiador puede utilizar todas las excepciones del fiado, aunque alguna excepción, como, por ejemplo, la de prescripción, deje en pie una obligación imperfecta (natural) y por excepción no corresponda al fiador derecho alguno a repetir contra el deudor principal (15).

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

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

negocio (16).

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

El fiador tiene derecho a exigir su liberación cuando se presentan las siguientes situaciones (17):

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

(16) Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN. Ob. Cit. pp 462.

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

fiador una sentencia ejecutable dirigida al cumplimiento.

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

Para terminar, la extinción de la obligación del fiador está sometida a las reglas generales aplicables a las obligaciones, pero además la relación de fianza tiene las siguientes causas propias de extinción (18):

I. En virtud de la extinción de la obligación principal

II. Por reunirse la obligación principal y la fianza (como en una sucesión hereditaria)

III. No existe en general un derecho del fiador a denunciar la fianza, pero naturalmente puede haberse pactado expresa o tácitamente entre el acreedor y el fiador.

IV. Cuando el acreedor abandona una garantía

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

especial de crédito, en particular un derecho de preferencia, una hipoteca (o deuda inmobiliaria)

- V. La limitación temporal de la fianza por deudas futuras, principalmente de la fianza de crédito, habrá de entenderse casi siempre únicamente en el sentido de que los créditos a garantizar tienen que haber nacido antes del momento fijado.

F) MEXICO COLONIAL

En la época de la Colonia tuvieron vigencia en la Nueva España tres cuerpos de leyes, principalmente (19):

- a) El de las españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España
- b) El de las dictadas especialmente para las Colonias de América y que estuvieron en vigor en la Nueva España

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

c) El de las expedidas directamente para la Nueva España.

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

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

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

G) MEXICO INDEPENDIENTE

En la época independiente "el país continuó sujeto a lo que por lo que toca al Derecho Civil, se consideró representado fundamentalmente por las partidas; éstas fueron la médula del derecho privado primitivo del

México Independiente" (20).

El gobierno de Benito Juárez le encomendó a Don Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, publicado en 1861, orientándose el maestro Sierra en el proyecto español de García Goyena. Este proyecto ejerció una gran influencia decisiva en los Códigos Civiles de los demás Estados de la Federación (21).

Por lo que se refiere a fianzas, ésta quedó reglamentada de los artículos 1813 a 1888. Al definirla se empieza con la declaración que "es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir si ésta no lo hace"; ello podía poner en tela de juicio el origen contractual de algunas fianzas, sin embargo, este razonamiento es falso, pues al reglamentarla lo hace en el Libro Tercero del mencionado Código.

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

(20) GARCIA, TRINIDAD. Ob. Cit. pp. 59.

(21) Cfr. GARCIA, TRINIDAD. Ob. Cit. pp. 52.

reemplazado por el vigente, que se expidió el 3 de Agosto de 1928 y entró en vigor el 01 de Octubre de 1932; es aplicable en toda la República en materia federal.

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

Capítulo II

GENERALIDADES DE LAS GARANTIAS REALES Y PERSONALES

A. DERECHO REAL Y DERECHO PERSONAL.

a) Clasificación

La doctrina en esta materia es amplísima, pudiéndose, en general clasificarlos en tres grupos:

a) Tesis Dualista en la cual se postula la separación absoluta entre los derechos reales y personales, aún cuando tienen dos variantes, que son la escuela de la exégesis en Francia y la teoría económica de Bonnecase.

b) Doctrinas Monistas que afirman la identidad de los derechos reales y personales, que a su vez tiene también dos variantes: Tesis personalistas de Ortolan, Planiol y Demogue, que identifica los derechos reales con los personales y tesis objetivista de Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles, que asimila los derechos personales con los reales.

c) Doctrinas eclécticas, que como siempre se da,

llegan a reconocer ciertos aspectos de las tesis Dualistas y de las Doctrinas monistas (1).

b) Tesis Dualista.-

1.- Escuela Clásica: Los principales exponentes de la escuela exegética o clásica los encontramos en Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, quienes toman como punto de partida de que los derechos reales y personales son diferentes por esencia.

Aubry y Rau afirma "El derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo éste poder jurídico oponible a terceros" (2).

De esta definición se desprenden como elementos de todo derecho real lo siguiente:

- Un poder jurídico.
- Un poder que se ejerce en una relación inmediata de su titular sobre la cosa.

(1) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Porrúa, México, pp 31 y 32.

(2) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit. p. 33.

- Un contenido económico de ese poder, derivado del aprovechamiento total o parcial de la cosa.
- Un derecho absoluto que permite su oposición contra terceros (es decir, erga omnes).

Por lo que se refiere al derecho personal, la escuela clásica sencillamente la define como "una relación jurídica que otorga a acreedor la facultad de exigir al deudor una prestación a una abstención de carácter patrimonial o moral" (3).

Definición de la cual podemos extraer los siguientes elementos:

- Un sujeto activo y un sujeto pasivo relacionados jurídicamente.
- Una facultad que nace de esa relación, y que permite a sujeto activo exigir una conducta cierta al sujeto pasivo.
- Una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral que es el objeto de esa relación establecida.

(3) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit. p. 33.

Resumiendo, los clásicos separan los derechos de la siguiente manera:

1.- El derecho real es un poder jurídico que se ejerce de la persona a la cosa, como dominio directo, para efecto de aprovecharla por completo y satisfacer sus necesidades, a diferencia del derecho personal, que es una facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o una abstención, lo que supone una relación entre el sujeto activo y pasivo, y no un poder de aquel sobre éste en su persona sino solo la autorización sobre su conducta.

2.- En cuanto a la cosa, viene a ser el objeto directo del derecho real, pero no como una relación, sino como un poder sobre éste. En el derecho personal, el objeto es la prestación o abstención del deudor, o sea, un conducto de éste. Además, el derecho real por ser absoluto es oponible a terceros, nadie puede intervenir en el aprovechamiento de la cosa; si lo hace, el titular está protegido por la acción que se deriva exclusivamente de los derechos reales: La persecutoria, para recuperar la cosa de manos de quien la tenga.

Por lo contrario, el derecho personal es relativo, pues no es oponible a terceros sino sólo al deudor.

El acreedor está facultado a exigir y el deudor está compelido a pagar. En consecuencia, el derecho personal no otorga los derechos de persecución y de preferencia, el primero, porque el objeto es una conducta y no una cosa; el segundo, porque los acreedores quirografarios son iguales entre sí.

2.- Teoría Económica de Bonnecase.

Al igual que en la escuela clásica, Bonnecase separa tajantemente los derechos reales de los derechos personales, pero atendiendo a un criterio económico.

Este autor sostiene que el contenido económico de los derechos reales y personales se relacionan con dos fenómenos económicos fundamentales: "el aprovechamiento y regulación de una riqueza ya creada, propia o ajena, y la prestación del servicio nacido de la interdependencia social y de la división de trabajo"

(4).

Fenómenos netamente económicos que no pueden escapar de la regulación jurídica, para lograr un desarrollo conveniente dentro del contrato social.

(4) AGUILAR CARBAJAL LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil, Porrúa, México, 1975, pp. 31.

Bonnecase define al derecho real como "la organización jurídica del servicio".

Continuando con éste orden de ideas, tenemos que el contenido económico del derecho real es la apropiación, aprovechamiento y regulación de la riqueza propia o ajena, y el contenido del derecho personal es el uso de los servicios ajenos, que debe ser normado, servicios que resultan ser las obligaciones de dar, hacer o de no hacer. De lo anterior podemos desprender, de acuerdo a Bonnecase, de que si el contenido económico de ambos tipos de derechos es distinto, la naturaleza jurídica de los derechos reales y personales también es diferente.

c) Doctrinas Monistas.

Como ya se mencionó al inicio de éste capítulo, ésta corriente abarca las teorías que identifican a los derechos reales con los personales y no aceptan que exista alguna diferencia de esencia entre ambos, sino sólo una diferencia de grado.

1.- Personalistas. Sus principales exponentes de los personalistas los hallamos en Ortolan, Planiol y Demogue, los cuales sostienen que el derecho real tiene

la misma naturaleza que el derecho personal. Difieren de los exégetas, pues consideran inexacto que exista una relación jurídica directa entre una persona y una cosa, porque las relaciones jurídicas exclusivamente se producen entre personas, por eso los elementos de cualquier relación jurídica se compone de tres partes: Un sujeto activo, un objeto y un sujeto pasivo. Sus representantes toman como punto de partida de que la relación real en esencia debe ser igual a la personal, porque cualquier relación jurídica debe de constar de las tres partes arriba señaladas, elementos que podemos identificar fácilmente en los derechos personales, pero que en los derechos reales la identificación del sujeto pasivo se complica. Por ello esta escuela investiga la existencia de dicho deudor o sujeto pasivo en los derechos reales. Planiol, tal vez el máximo exponente en esta corriente, cuando estudia a los clásicos en cuanto a que ellos caracterizan al derecho real como absoluto, oponible a todo el mundo y con acciones de persecución y preferencia, nos señala "que en este gran sujeto pasivo universal, constituido por todo el mundo, se esconde propiamente el sujeto pasivo del derecho real; que no admitió la escuela clásica, porque principalmente estudió el ejercicio pacífico del derecho real... y considera que todo el

mundo, excepto el titular, tiene una obligación jurídica porque su incumplimiento se traduce en una condena de daños y perjuicios" (5).

Este autor afirma que si no fuese jurídica dicha obligación, no cabría la posibilidad de entablar acción alguna para el resarcimiento de daños y perjuicios, por lo tanto, el sujeto pasivo tendrá una obligación de no hacer, que no aparece en su patrimonio, sino sólo hasta que se determine pecuniariamente la indemnización derivada de su incumplimiento.

Cabe hacer mención que Demogue señala que el sujeto pasivo universal es solo potencial por lo que la posibilidad de que una persona se convierta en deudor en relación a un derecho real determinado (6).

Para concluir, al determinar la existencia en la relación real de un sujeto activo y uno pasivo, concluyen que el derecho real y personal son dos espacios del mismo género pero con ciertos caracteres diferentes, ya que únicamente son distintos en grado, pues el primero tiene un sujeto pasivo múltiple,

(5) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit. pp. 38.

(6) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. Cit. pp. 38-39.

universal e indeterminado, todo el mundo con obligaciones de respeto, cuya obligación se traduce en daños y perjuicios como todas las de no hacer; y, el segundo, su sujeto pasivo determinado: El deudor y sus causahabientes universales o particulares.

2.- Objetivistas. Los integrantes de esta escuela comienzan por afirmar que el derecho personal comparte la misma naturaleza jurídica que el derecho real y que el derecho personal es un derecho real sobre el patrimonio del sujeto pasivo. Con esto, despersonalizan la teoría de las obligaciones, principalmente Gaudemet, que analizando el derecho romano observó que la relación crediticia era personal en estricto derecho y que el cambio de cualquiera de los sujetos la extinguía; pero que en el derecho actual, al permitirse la cesión de créditos y de deudas los sujetos no importan sino solo la existencia de patrimonios solventes. Luego entonces, lo que importa al acreedor no es la persona física del deudor, sino su patrimonio; y si este no cumple, el apremio se efectúa sobre sus bienes y no sobre su persona, pues el derecho de crédito es una facultad sobre los bienes.

El objeto de los derechos reales es individual y

en los derechos personales, al recaer sobre todo un patrimonio sirve de garantía al acreedor, entonces la diferencia entre ambos tipos de derechos solamente es de grado, compartiendo la misma naturaleza esencial.

3.- Teoría Ecléctica. Estas doctrinas, como su nombre lo indica, intentan tomar lo mejor de la tesis dualista y de las doctrinas monistas; partiendo del principio del doble aspecto de los derechos, el interno y el externo, pretendiendo del principio del doble aspecto de los derechos, observar el problema por completo. Planiol, al rectificar su tesis personalista en el sentido de que el sujeto pasivo universal y la obligación general de respeto son características de los derechos subjetivos absolutos y no solo de los derechos reales, ya que estos no son los únicos absolutos, pues existen otros, aunque sin contenido patrimonial.

Estos autores determinan el aspecto interno de los derechos reales, configurado por el poder jurídico que ejerce el titular de una manera directa e inmediata sobre las cosas, para retirar de los bienes exteriores todo o parte de las ventajas que confiere su posesión. En cuanto al aspecto externo, reconocen la existencia de un sujeto pasivo universal e indeterminado al que se opone ese derecho, creando una obligación general que tiene por objeto hacer que se respete la situación del

titular de ese derecho con relación a la cosa, la que es una obligación pasiva que puede sin embargo revestir a veces la forma activa, constriñendo a los terceros a realizar una prestación.

En conclusión, la doctrina ecléctica compagina el poder jurídico sobre la cosa, a que se refieren los exegetas, con la existencia de un sujeto pasivo universal con obligación de respeto, que señalan los personalistas; y conceptúan al derecho real como el poder jurídico que directa e inmediatamente ejerce una persona sobre una cosa determinada para disfrutar en todo o en parte, con la facultad de oponerlo a un sujeto pasivo indeterminado, quien esta obligado a no interrumpir el ejercicio de ese derecho.

B.- CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS

Los contratos de garantía tienen como naturaleza jurídica, la de un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos u obligaciones, los cuales pueden ser de naturaleza real o personal (7).

(7) Cfr. LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos, Edit. Luz, México, 1970, pp 600.

a) Concepto.

Una garantía es el aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.

b) Clasificación.

Del anterior concepto se desprende que existen dos tipos de garantías; las garantías reales y las garantías personales (8).

1.- Garantías Personales. Es aquella seguridad que otorgan las personas, ya sea física o moral; resulta cuando una o mas personas decidan obligarse al mismo tiempo que el deudor y garantizan el cumplimiento de la obligación. Aumenta la capacidad de pago al añadir otro patrimonio u otros al del deudor.

Como garantías personales tenemos al contrato de la fianza y la solidaridad, que puede resultar de la ley o de la voluntad de las partes.

(8) Cfr. PLANIOL, MARCEL. Tratado Elemental de Dcho. Civil, Volumen III, Cajica, Puebla, 1948, pp. 15.

2.- Garantías Reales. Es la seguridad que otorgan ciertos bienes al deudor, cuyo valor se encuentra específicamente afectado para el pago a determinada deuda. Así, el acreedor obtiene la certeza de ser pagado con preferencia a cualquier otro causahabiente del deudor.

Con las garantías reales, al decir de Planiol, se logra la "creación de un derecho real en provecho del acreedor, derecho que puede ser indistintamente una garantía o una hipoteca" -sobre uno o varios bienes del deudor- y agrega "por su sola existencia este derecho real sustrae al acreedor de la ley del concurso; un derecho real es oponible a todos, tanto a los demás acreedores como a los subadquirentes... de esta manera, el mismo derecho de garantía o de hipoteca que procura al acreedor el derecho de persecución, le da también un derecho de preferencia contra los demás acreedores" (9).

Son garantías reales el contrato de hipoteca, el de prenda y el de fideicomiso de garantía, los cuales se encuentran regulados nominalmente en nuestros ordenamientos jurídicos vigentes. Dada su importancia, se explicaran ampliamente en el siguiente apartado.

(9) PLANIOL, MARCEL. Ob. Cit. pp. 16.

C.- GARANTIAS REALES.

Como ya se había mencionado anteriormente, éstas garantías son aquellas que proporcionan al acreedor la titularidad de un derecho real sobre uno o varios bienes específicamente determinados, cuyo valor será aplicado al pago de cierta obligación principal que ha sido incumplida por el deudor de la misma.

La fuente de las garantías reales por la clase de derechos y efectos que originan, sólo puede ser la ley, la cual dispone los supuestos jurídicos cuya consecuencia es la creación de un derecho real, en este caso de garantía y la forma general de actualizar esos supuestos es por medio de un contrato, aunque en ocasiones también puede actualizarse por medio de una declaración unilateral de voluntad (10).

Los contratos de garantía que tienen como efecto originar un derecho real que proporciona seguridad para el cumplimiento de una determinada obligación, a favor del acreedor o sujeto activo de la relación, frente al sujeto pasivo o deudor, son los siguientes:

(10) Cfr. PLANIOL, MARCEL. Ob. Cit. pp: 16-18.

a) Prenda

1.- Concepto.

La palabra prenda posee diversas acepciones: como contrato, como el derecho real que origina y como la cosa misma sobre la que constituye dicho derecho. Como contrato, "es aquel por virtud del cual, el deudor afecta un bien mueble enajenable con el derecho real del mismo nombre -derecho real de prenda- para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación de y su preferencia en el pago" (11).

Como derecho real, es aquel que se constituye sobre un bien mueble, determinado y enajenable, que se entrega al titular para garantizar el cumplimiento de una obligación y que concede el derecho de persecución contra terceros y en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el de enajenación y preferencia para el pago, según el grado legal de prelación.

La definición legal nos la proporciona el Código Civil en el artículo 2856:

(11) LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Ob. cit. pp. 600.

"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".

2.- Clasificación.

Como todo contrato, el de prenda es susceptible de catalogarse dentro de la clasificación de los contratos, así tendremos que:

- Es un contrato unilateral, porque produce obligaciones únicamente para el acreedor prendario; sin embargo, también puede ser considerado como bilateral sinalagmático imperfecto, porque puede llegar a producir obligaciones a cargo del deudor prendario.

- Es un contrato accesorio, pues como se desprende de los conceptos apuntados, sirve para garantizar una obligación y su preferencia en el pago, es decir, depende de una obligación y su preferencia en el pago, o sea, depende de una obligación preexistente, que podrá ser futura o condicionada y la prenda tomará esas características. Por lo anterior, también será un contrato de garantía.

- En cuanto a la forma, es un contrato formal,

porque siempre debe de constar por escrito, de conformidad con el Art. 2860, del Código Civil que a la letra dice:

"El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante...".

- Es un contrato real, en oposición al consensual, toda vez que para su perfeccionamiento la cosa objeto del contrato debe entregarse al acreedor prendario, como lo ordena el artículo 2858 del Código Civil:

"para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente".

Entonces cabe destacar que para que el contrato sea válido requiere la forma escrita; pero para que se perfeccione y origine el derecho real de prenda, el bien debe ser entregado al acreedor, entrega que en nuestro derecho puede ser real o jurídica.

Debemos considerar la entrega real, cuando materialmente el bien pasa a manos del acreedor prendario, quedándose desposeído el deudor prendario, siendo ésta la principal seguridad del acreedor; sin embargo, en nuestro derecho se permite la prenda sin

desposesión, como lo ordena el artículo 2858 del Código Civil y el 2859 nos explica que:

"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 del acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero debe inscribirse en el Registro Público...".

La inscripción de los bienes muebles ha sido criticada, debido sobre todo a la característica de que estos pueden trasladarse de un lugar a otro, lo que hace casi imposible su localización.

- Generalmente es un contrato gratuito, porque solo genera provechos al acreedor y gravámenes para el deudor; aunque puede ser oneroso, si el acreedor paga o se obliga a pagar una contraprestación al deudor prendario por la constitución de la prenda. Eso le permite su carácter de sinalagmático imperfecto.

- Es un contrato de los llamados nominados, porque se encuentra regulado bajo ese nombre por la ley.

3.- Elementos

Como todo contrato, el de prenda consta de elementos de existencia y de validez.

De existencia: el consentimiento y el objeto. El consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor prendario, mismo que debe de coincidir tanto respecto de la obligación garantizada, como sobre el bien objeto en el que recae el derecho real de prenda. El deudor de la obligación garantizada puede coincidir o no con el deudor prendario; si no coincide, la prenda puede otorgarse a petición del deudor principal, sin su consentimiento y también en contra de su voluntad, ya que el contrato lo celebran acreedor y deudor prendario.

El objeto directo es la creación de los derecho y obligaciones. El objeto indirecto es la cosa sobre la cual se constituye el derecho real, misma que debe de estar determinado para poder ser entregada o inscrita: debe de ser enajenable, ya que el contrato de prenda no es translativo de dominio, pero su función es que proporcione la posibilidad de enajenación del bien en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal, para que con el producto de la venta se le pague al acreedor. Debe de ser un bien mueble por su

naturaleza o por disposición de la ley, de acuerdo a los siguientes artículos:

"Art. 753.- Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior".

"Art. 754.- Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal".

Sin embargo, nuestro Código Civil admite una excepción al permitir su constitución en relación a los frutos pendientes, que deban de ser recogidos dentro de un tiempo determinado, siempre y cuando el contrato se inscriba en el registro público de la propiedad para que surta efectos contra terceros (Art. 2857); la razón es la ley, que considera a los frutos pendientes del árbol como inmuebles mientras no sean separados, pero en el caso de la prenda se anticipa y los considera bienes muebles por destino; por ello permite que se afecten en garantía, ordenando la publicidad en el registro.

De validez: para ser acreedor prendario solo se

requiere la capacidad general para contratar. El deudor prendario además de la general necesita la capacidad especial, es decir, debe estar legitimado para disponer de la cosa y entregarla al acreedor, bien que sea el dueño o que este expresamente autorizado por éste para efectuar ese acto, como lo mencionamos, el deudor principal no tiene que ser necesariamente el deudor prendario.

En cuanto a la forma ya apuntamos que debe de ser escrita, por lo tanto, es un contrato formal. Además requiere la entrega real o jurídica de la cosa para que se perfeccione; luego es un contrato real.

Por último, en relación a la ausencia de vicios de consentimiento y a la licitud en el objeto motivo o fin, estamos en los principios generales de los contratos en esta materia.

4.- Efectos.

Obligaciones del Acreedor Prendario: En primer lugar, tiene la de conservar la cosa como si fuera propia; responde entonces por los deterioros o perjuicios que se ocasionen por su culpa o negligencia (Art. 2876 fracción I del Código Civil), si el objeto es un crédito, deberá realizar los actos para que no se

altere el derecho que representa (Art. 2366 Código Civil). En caso de verse turbado de la posesión de la prenda, tiene la obligación de avisar al deudor para que lo defienda, con la sanción de pagar daños y perjuicios si omite este aviso (Art. 2874 C.C.), esto sin perjuicio del derecho de persecución que se deriva del derecho real que es titular.

En segundo lugar, deberá abstenerse de usar la cosa pignorada, a menos que por convenio expreso se encuentre autorizado (Art. 2873-III y 2878 C.C.). También deberá conservar los frutos de la cosa, ya que estos incrementan la prenda y forman parte de ella, aunque pertenecen al deudor, sin que tenga el derecho a pedirlos. En este caso puede existir el pacto de que los perciba el acreedor y aplique su valor en el orden de gastos, intereses y capital (Art. 2880 C.C.).

En tercer lugar, cuando se cumpla la obligación garantizada y se hayan los intereses pactados y los gastos de conservación, tiene la obligación de restituir la cosa al deudor prendario.

"Cuando un tercero recibe la cosa dada en prenda... existe un depósito ligado a la prenda, o sea, dos contratos vinculados, y por ellos las obligaciones de ese tercero son las de un depositario frente al

constituyente de la prenda y el acreedor prendario conjuntamente, en lugar de las obligaciones del acreedor prendario frente al solo constituyente de la prenda (12).

Derechos del Acreedor Prendario: El derecho real del acreedor implica varios derechos, el primero, el derecho de poseer la cosa del que se derivan, el derecho de persecución para recuperar la posesión aún en contra del deudor prendario, llamado derecho persecutorio; En segundo lugar, tiene el derecho de enajenación, derecho esencial y que no puede suprimirse por ningún convenio. Si la obligación garantizada no es cumplida, tiene el derecho de pedir al juez y este se verá obligado a decretar la enajenación del bien en remate público, obviamente concediéndose al deudor prendario todos los derechos de un demandado. Si la cosa no se vende en el remate legal, se adjudicará al acreedor con el valor igual a las dos terceras partes de la postura legal.

Como excepción y previo convenio expreso, se permite la venta extrajudicial de la prenda (Art. 2884 C.C.), este caso es importante, pues la ley está

(12) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Contratos Civiles. Edit. Porrúa, México, 1976. pp. 416.

legitimando para vender la cosa a alguien que no es el dueño y lo salva de violar la garantía de audiencia y de responder del saneamiento para el caso de evicción. Lo que está prohibido es que se estipule que el acreedor se quede con la prenda, en dación de pago, al precio de la época de celebración del contrato; aunque es válida la estipulación cuando el precio que se pacte sea el del tiempo del vencimiento de la deuda garantizada (Art. 2883 C.C.). No obstante este derecho de enajenación, el deudor prendario no deja de ser propietario y puede enajenar o conceder el uso de la cosa, sólo que el nuevo adquirente queda constreñido a pagar la obligación garantizada, los intereses y los gastos que haya para poder exigir la entrega de la cosa (Art. 2879 C.C.); En tercer lugar, el derecho de preferencia para ser pagado con prioridad, hasta donde alcance el valor obtenido con la venta de la cosa pignorada (Arts. 2856, 2873-I, 2981 C.C.). Este derecho, deja a salvo la acción contra el deudor para demandar la que faltare si el precio obtenido no cubre el total de la obligación garantizada (Art. 2886 C.C.). Para hacer valer el derecho de preferencia y no perderlo, tiene el acreedor que cumplir con ciertos requisitos, ya que es necesario que conserve en su poder la cosa pignorada; que no haya perdido la posesión por su culpa o negligencia: que si la posesión

la tiene un tercero o el propio deudor y se inscribió en el Registro Público de la Propiedad, que no permita que se le entregue a otra persona.

En caso de que haya concurso entre varios acreedores prendarios de la misma cosa, se debe resolver siguiendo la regla de primero en tiempo, primero en derecho.

Obligaciones del Deudor Prendario: Como obligaciones eventuales, puede surgir la de restituir al acreedor el importe de los gastos necesarios y útiles que éste hubiese erogado para conservar la cosa, salvo que hubiese convenido el uso de esta por parte del acreedor. También la de indemnizar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado la cosa.

En caso de que se pierda o deteriore la cosa, sin culpa del acreedor, se deberá sustituir la prenda por otra, aunque también se puede pagar la obligación principal anticipadamente.

Para el caso de que el acreedor sea desposeído y le de aviso al deudor, éste tendrá la obligación de acudir en su defensa. Por ser eventuales clasificamos a este contrato como sinalagmático imperfecto.

Derechos del deudor Prendario: Puede disponer de la cosa, toda vez que es el propietario; por lo mismo, de

percibir los frutos, de suspender la enajenación de la cosa pagando la obligación garantizada. En caso de la venta de la cosa y sobrase dinero, tiene derecho a que se le reintegre la diferencia.

Estos derechos no quitan al contrato de prenda su carácter sinalagmático imperfecto, pues derivan de las circunstancias que quedaron explicadas y no de la celebración del contrato mismo.

5.- Extinción.

El contrato de prenda puede terminar por vía indirecta o por la vía directa:

El contrato y el derecho real se extinguen por la vía indirecta o por vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal que garantizan por el medio legal que sea, la razón se desprende del carácter accesorio del contrato y de la regla general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En cuanto a la vía directa, puede terminar el contrato de prenda y el derecho real que origina, subsistiendo la obligación garantizada por cualquiera de las causas normales de extinción de las obligaciones.

b) Hipoteca

1.- Concepto

El término Hipoteca sirve para designar tanto al contrato como al derecho real de garantía, que se produce con la celebración del mismo y limitando el término, puede aplicarse a la cosa objeto del contrato.

Como contrato, podemos decir que es aquel "por el que el deudor o un tercero, concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (13).

Como derecho real, es aquel que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor y que faculta al titular de la persecución contra terceros y en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a la enajenación y

(13) SANCHEZ MEDAL RAMON. Ob. Cit. pp. 421.

preferencia para ser pagado con el producto, en el grado de prelación que ordene la ley. Nuestro Código Civil nos proporciona la definición legal y lo hace resaltando más que al contrato, al derecho real que genera. El artículo 2893 dispone:

"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".

2.- Clasificación

- Es un contrato accesorio, porque su existencia depende de una obligación principal a la que garantiza el cumplimiento y su preferencia en el pago; por lo que depende de una obligación preexistente, que bien puede ser presente, futura, a plazo o condicionada, tomando la hipoteca esas características. Pero siempre deberá ser una obligación válida, de la que comprenderá los intereses hasta por tres años que, por pacto, pueden alargarse hasta cinco años, plazo en el que prescriben los intereses siempre que ese pacto se inscriba en el Registro Público de la Propiedad. Por conceder

seguridad, es un contrato de garantía.

- Por regla general es un contrato de garantía, ya que solo genera provecho para el acreedor, quien obtiene la seguridad económica de que la obligación garantizada será satisfecha; puede darse el caso de que el acreedor hipotecario pague alguna contraprestación al deudor y el contrato se torne oneroso.

- Es un contrato consensual en oposición al real, ya que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades y jamás requiere de la entrega de la cosa. Pero la hipoteca nunca es tácita ni general y para que produzca efectos contra tercero siempre necesitará inscripción en el Registro Público de la Propiedad (Art. 2929 C.C.).

- En cuanto a la forma, es un contrato formal que por disposición del artículo 2967 se debe de seguir las formalidades de la compraventa. De esta manera, cuando el crédito garantizado no sea mayor de treinta mil pesos, puede otorgarse el contrato en documento privado, firmado por los contratantes por dos testigos y ratificadas las firmas ante notario, juez o registrador de la propiedad; si el valor a garantizar excede de dicha cantidad, el contrato se debe de otorgar en escritura pública. Siempre debe de constar en documento

auténtico para que pueda ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, registro que resulta indispensable para que el contrato surta efectos contra tercero.

Como excepción a la forma, tenemos a la hipoteca que se otorga con motivos de la enajenación de terrenos o casas del Departamento del Distrito Federal para la constitución del patrimonio de familia o para personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en la zona del Distrito Federal, el día de la celebración del contrato, entonces puede otorgarse en documento privado sin los requisitos de testigos y/o ratificación de firmas, como lo ordenan los artículos 2917 y 2317 del Código Civil.

- Es un contrato nominado, porque se encuentra reglamentado por la Ley -Código Civil- con ese nombre.

- En cuanto a la clasificación de unilateral o bilateral, algunos autores lo clasifican como unilateral porque solo genera obligaciones a cargo del deudor hipotecario, y bilateral cuando es oneroso. Borja Soriano, define por ello: "El contrato de hipoteca es aquel por virtud del cual nace un derecho real que

afecta a un inmueble generalmente, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago" (14).

3.- Clases

- Hipoteca mobiliaria o inmobiliaria. Según los bienes sobre los que se constituyan. La hipoteca generalmente recae sobre bienes inmuebles, aunque puede recaer sobre bienes muebles.

- Hipoteca necesaria. Es "la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligados a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores" (Art. 2931 C.C.). Su constitución puede exigirse en cualquier tiempo, incluso si ya cesó la causa que la origina, siempre y cuando la obligación que se deba asegurar esté pendiente de cumplirse.

Su duración será la misma que la de la obligación principal que garantiza. El artículo 2935 del Código

(14) Citado por SANCHEZ MEDAL, RAMON. Ob. Cit. pp. 421.

Civil señala los derechohabientes para pedir que la seguridad de sus créditos se garantice con hipoteca necesaria.

- Hipoteca Voluntaria. La que se constituye por voluntad de las partes mediante el contrato de hipoteca o por la declaración de voluntad del dueño del bien o bienes sobre los que se constituya. Cuando es contrato, deberán cumplirse todos los requisitos para la celebración del mismo. Nuestro Código Civil admite la hipoteca para garantizar obligaciones futuras o condicionales, pero impone la doble obligación de inscribir esa hipoteca en el Registro Público de la Propiedad, aún cuando el crédito a garantizar aún no exista y que cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición, se podrá pedir al Registro que haga constar ese hecho con una anotación, para que así la hipoteca surta efectos contra tercero desde el día de su inscripción (Art. 2921, 2922 y 2923 del C.C.).

"Sólo puede aceptarse como obligaciones futuras, en la hipoteca de seguridad, aquellas obligaciones que se saben van a derivar de una determinada causa o de un determinado hecho que al efecto se concreta" (15).

(15) SANCHEZ MEDAL RAMON. Ob. Cit. pp. 432.

- Hipoteca Mercantil. La hipoteca por esencia siempre ha sido un contrato civil y que generalmente recae sobre bienes inmuebles. Sin embargo, nuestro derecho mercantil también la conoce, tanto para las aeronaves y embarcaciones (Art. 362-1 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, y Arts. 104, 121 a 126 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo); como para las empresas -negociaciones industriales-, según el artículo 124 de la Ley de Instituciones de Crédito y los artículos 92 y siguientes de la fracción del artículo 362 de la Ley de Vías Generales de Comunicación. En resumen, las hipotecas mercantiles tienen las siguientes características:

Hipoteca de Aeronaves. Siguiendo las disposiciones de la Ley de Vías Generales de Comunicación, tenemos que el artículo 362 señala como susceptibles de hipoteca a las aeronaves y también a la unidad completa de una empresa de transporte aéreo; en este caso, la hipoteca comprenderá las concesiones o permisos respectivos y salvo pacto expreso, el equipo de vuelo, las instalaciones de ayuda a la navegación, motores, hélices y demás muebles e inmuebles destinados a la explotación y considerados en su unidad. La hipoteca de la unidad completa requiere permiso previo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Hipoteca de Embarcaciones. De conformidad al artículo de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, se permite la hipoteca sobre embarcaciones, que para el derecho civil son bienes muebles (Art. 756 C.C.). Esta ley llama Hipoteca Marítima, al gravamen real que mediante hipoteca se constituye sobre cualquier embarcación, incluso la que se encuentra en proceso de construcción, sus pertenencias y accesorios (Art 104 y 121).

La forma de la hipoteca marítima es siempre por escrito y en escritura pública, en la que como requisito indispensable debe anotarse la matrícula de la embarcación. Este documento se debe de inscribir en el registro Público Marítimo Nacional para que surta efectos desde el día de su inscripción, lo que especializa al bien hipotecado y le otorga publicidad para efectos contra tercero.

Hipoteca de Empresa. El artículo 124 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares dispone de ciertas reglas para normar la hipoteca que se constituye sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera, la que se conoce como hipoteca de empresa. Esta hipoteca sólo se puede constituir a favor de sociedades financieras o de bancos

múltiples o para garantizar empréstitos públicos o créditos otorgados para la construcción de obras o mejoras de servicio público. Su alcance se debe extender a la concesión o concesiones respectivas, a todos los elementos materiales muebles e inmuebles afectados a la explotación, los cuales se consideran en su unidad y además, puede comprender el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa nacidos directamente de sus operaciones. Estos créditos pueden ser cobrados y sustituidos en el movimiento normal de las operaciones de la empresa, sin que sea necesario el consentimiento del acreedor hipotecario, salve que se pacte que este movimiento esté prohibido o se requiera del permiso del acreedor.

4.- Elementos

- De Existencia. El consentimiento como en todo contrato se integra por el acuerdo de voluntades del deudor hipotecario, quien puede o no ser el mismo deudor de la obligación principal, con el acreedor hipotecario. Es importante que se manifieste expresamente el acuerdo de voluntades, determinando en forma precisa la obligación garantizada y su monto, así como el bien o el derecho sobre el que va a recaer el derecho real de hipoteca. El objeto directo del contrato es la creación

del real de hipoteca; el objeto indirecto es el bien sobre el que se constituye dicho derecho real, misma que debe de cumplir ciertas características.

En primer lugar debe de ser un bien específicamente determinado, lo que impide la constitución de hipotecas tácitas o generales. El Art. 2895 del Código Civil dispone:

"La hipoteca solo puede recaer sobre bienes específicamente determinados".

La excepción de esta regla la encontramos en el artículo 2902, que permite la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario, siendo que su porción indivisa está indeterminada y solo se determina al fin de la copropiedad por la división del bien, momento en que la hipoteca ganará la parte que corresponda al deudor hipotecario; a su vez, el acreedor puede intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte del bien con valor inferior al que le corresponda y quede disminuida su garantía.

En segundo lugar, el bien debe de ser enajenable, por lo tanto debe de estar en el comercio, la razón obedece a que su valor es el que técnicamente constituye

la garantía de la obligación principal. Por ello el artículo 2906 en su segunda parte dispone:

"solamente pueden ser hipotecados los bienes que puedan ser enajenados".

El contrato de hipoteca no es traslativo de dominio, pero su función consiste en conceder la posibilidad de enajenar el bien hipotecado y con su producto hacer pago al acreedor cuando la obligación principal fue cumplida.

En tercer lugar, el bien o bienes sujetos a hipoteca deben de ser inscribibles, ya que para que produzca efectos contra tercero, necesita el registro como lo ordena el artículo 2919 del Código Civil.

El actual Código Civil ya no dispone como requisito específico para la hipoteca el que su objeto sea solo bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles, como lo establecían los códigos anteriores; por lo que actualmente cabe la posibilidad de constituir hipoteca sobre bienes muebles o derechos reales sobre los mismos; sin embargo, en la práctica no encontramos hipotecas civiles sobre muebles, ya que la garantía real de muebles que quedan en poder del deudor viene a resultar una prenda, como quedó explicado anteriormente.

Los bienes hipotecables pueden ser la propiedad y casi todos los derechos reales sobre inmuebles que sean enajenables y no personalísimos - como el uso y la habitación-, así tenemos que pueden hipotecarse el dominio puro y simple, condicionado o limitado (Art. 2905 C.C.); la parte alícuota de la copropiedad como ya se indicó; la propiedad (Art. 2900 C.C.); el usufructo (Art. 2903 C.C.) aunque si termina por voluntad del usufructuario la hipoteca subsiste; la construcción levantada sobre terreno ajeno (Art. 2899 C.C.). La hipoteca sobre derechos reales sólo dura lo que estos subsisten.

Por disposición expresa del artículo 2901 del Código Civil, pueden hipotecarse los bienes que ya lo estén anteriormente, puesto que el pacto de no volver a hipotecar es nulo. Según el artículo 2898 del Código Civil: las servidumbres sólo pueden hipotecarse cuando se hipoteque el predio dominante al mismo tiempo. Los bienes muebles adheridos a los inmuebles en forma permanente solo se pueden hipotecar junto con el inmueble. Los frutos y rentas pendientes, solo pueden hipotecarse junto con el predio que los produce.

Los bienes litigiosos pueden hipotecarse, pero para que la sentencia cause efectos contra el

acreedor hipotecario, la demanda se debió haber inscrito en el Registro Público de la Propiedad y con anterioridad a la constitución de la hipoteca, o en su caso, que en la escritura de hipoteca se haya mencionado el juicio pendiente.

El derecho de los ascendientes de percibir los frutos del usufructo que la ley le concede sobre los bienes propiedad de sus descendientes no es hipotecable; tampoco el uso y la habitación puesto que son derechos reales personales e inalienables.

- De Validez. El requisito de la forma ya ha sido explicado, ya que siempre es un contrato. En cuanto a la ausencia de vicios de la voluntad y la licitud en el objeto estamos a las reglas generales de todos los contratos. Respecto a la capacidad de los contratantes, tenemos que distinguir: Para el deudor hipotecario ya sea el mismo de la obligación principal o un tercero, rige el principio del artículo 2906 del Código Civil: "Solo puede hipotecar el que puede enajenar", por lo que además de la capacidad general, se requiere ser propietario de la cosa que se va a hipotecar, es decir, ser titular del derecho real que se va a afectar con el gravamen real de hipoteca; por lo que es menester estar perfectamente legitimado para

disponer.

Se debe de respetar las limitaciones para enajenar que la ley impone a los ejercen la patria potestad, a los tutores, albaceas, representantes de ausentes y cónyuges.

El acreedor hipotecario solamente requiere la capacidad general para contratar.

- Principios de la Hipoteca. En nuestro derecho tres principios dirigen la relación que existe entre la obligación garantizada y el bien hipotecado. El primero, el de la especialidad, puesto que tanto la obligación que se va a garantizar como el bien que va a ser hipotecado, deben de determinarse específicamente, por ello está prohibida la hipoteca general de los bienes del deudor y solo se permite sobre bienes concretos.

El segundo, es el de la publicidad, que consiste en que la constitución, modificación o extinción de la hipoteca siempre debe de inscribirse en el registro publico de la propiedad, esto para que esos actos produzcan efecto contra terceros, porque el contrato no inscrito solo produce efectos entre las partes, incluso para el caso de litigio.

El tercero, es el de la indivisibilidad, pues la hipoteca continúa sobre el bien hipotecado aunque por alguna manera legal la obligación garantizada se reduzca. Así mismo, gravará cualquier parte del bien hipotecado que subsista por la desaparición parcial del mismo y si es total, y el bien estaba asegurado, la indemnización que corresponda de la obligación garantizada.

El principio de la indivisibilidad tiene dos excepciones: la primera, se da al hipotecarse varios inmuebles para garantizar la misma deuda, habrá que precisar que porción del crédito asegura cada uno; y la segunda, cuando el inmueble hipotecado es susceptible de fraccionamiento y se divide, repartiéndose entonces el gravamen hipotecario entre las diversas fracciones. La indivisibilidad de la hipoteca se extiende también al caso de la adjudicación hereditaria del bien hipotecado, y se divide en crédito principal entre los herederos, el que pague su parte no puede pedir que se le libere proporcionalmente de la hipoteca, ya que ésta se extinguirá hasta el pago total del crédito principal. En caso contrario, los herederos del acreedor hipotecario, no puede el que reciba pago de la parte del crédito heredado, cancelar la hipoteca, porque dejaría sin garantía a los demás coherederos que aún no han sido

pagadas sus partes.

En cuanto a la temporalidad de la hipoteca, generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación garantizada, y cuando esta sea indefinida la hipoteca no podrá durar mas de diez años. Siempre las partes podrán pactar una duración menor a la de la obligación principal, según el artículo 2927 del Código Civil, pero no mayor si interpretamos el precepto en sentido contrario.

Por último, la ley también dispone que en caso de prórroga de la obligación principal, la hipoteca se entenderá prorrogada por el mismo término, salvo que se le de un plazo menor. Para la primera prórroga la hipoteca conserva el grado de prelación que tenía al constituirse; la segunda o ulteriores conceden el grado de prelación de la fecha de su inscripción (Arts. 2928, 2929 y 2930 Código Civil).

5.- Efectos.

Del derecho real de hipoteca se derivan una serie de facultades o derechos a favor del titular o acreedor hipotecario, que son los siguientes:

Derecho de Persecución: El gravamen va a subsistir

sobre el bien aún cuando se transmita la propiedad, se entregue la posesión a otra persona o se constituyan sobre él nuevos derechos o gravámenes. El acreedor hipotecario está facultado a perseguir la cosa en contra de cualquier poseedor por cualquier título.

Derecho de Enajenación: En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor tiene derecho a solicitar la venta del bien hipotecado para que el valor que se obtenga se aplique al pago del crédito debido. La venta debe de hacerse por la vía judicial siguiendo el procedimiento del juicio especial hipotecario del código adjetivo.

En el contrato de hipoteca queda prohibido el pacto comisorio, es decir que en el momento del contrato, se convenga que en caso de incumplimiento el acreedor se adjudique la propiedad del bien en el precio fijado al momento de celebración del contrato; pero sí puede convenirse la adjudicación en el precio que se fije al extinguirse la deuda, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros. De otra manera, el acreedor solo puede adquirir la cosa hipotecada como postor o adjudicándose la si después de finalizado todo el procedimiento judicial no apareciesen postores.

Nuestra ley también permite que desde la

celebración del contrato se fije el precio que servirá de base para el remate judicial y por economía procesal se eviten los trámites del avalúo judicial.

Derecho de preferencia: Consiste en que el acreedor hipotecario no necesita entrar en concurso para cobrar su crédito, ya que puede deducir su acción real hipotecaria para que se le pague con el valor del bien o bienes que garantizan su crédito (Art. 2981 C.C.), con preferencia a los demás acreedores del deudor.

Cuando hay varios acreedores hipotecarios sobre el mismo bien, la preferencia se establece por el acreedor mas antiguo, siendo preferente el que primero inscribió su título en el Registro de la Propiedad, aunque también pueden formar un concurso aparte entre ellos (Art. 2982 C.C.).

Una vez establecida la preferencia, el artículo 2925 del Código Civil ordena que antes de pagar el crédito principal se paguen los gastos del juicio y de la venta, los de conservación y administración que hayan sido necesarios y la deuda auténtica de seguros del bien o bienes hipotecados. Lo anterior, a reserva de que no existan créditos de preferencia especiales como los fiscales y los de los trabajadores.

Derecho de Ampliación: El acreedor tiene este derecho para el caso de que, con o sin culpa del deudor hipotecario, el valor del bien hipotecado disminuyere. Puede solicitar que se mejore la hipoteca hasta que ha juicio de peritos vuelva a garantizar la obligación.

Derecho Eventual y Diferido a la Posesión de la Cosa: El acreedor hipotecario no tiene la posesión inmediata de la cosa hipotecada, sino un derecho diferido a la posesión de la misma, ya que este derecho comienza cuando la obligación principal es exigible, el deudor incumple y el acreedor ejercita la acción hipotecaria contra el poseedor a título de dueño. Es entonces a partir del emplazamiento cuando pasa la posesión jurídica de la cosa al acreedor hipotecario y por ministerio de ley el poseedor demandado se convierte en simple depositario tanto de la cosa como de los frutos que produzca que se convierten en parte del asiento de la hipoteca.

Hasta antes del emplazamiento el titular del bien hipotecado tiene la posesión de la cosa a título de dueño y por lo tanto la puede usar y disfrutar con las limitaciones para arrendarla, incluso los frutos le pertenecen salvo pacto en contrario.

Por último, el deudor hipotecario puede hipotecar de

nuevo el bien e incluso enajenarlo, ya que la hipoteca por ser gravamen real pasa por ministerio de ley con la propiedad del bien al nuevo adquirente (Art. 2894 C.C.).

6.- Extinción.

La hipoteca, como toda garantía accesoria se extingue por la vía indirecta o de consecuencia, cuando termina la obligación garantizada y por vía directa, cuando se extingue el derecho real de hipoteca y subsiste la obligación principal. Por vía de consecuencia la hipoteca se termina cuando por cualquiera de las causas de extinción de las obligaciones se extingue la obligación garantizada.

Sin embargo, para el caso de que la obligación principal se extinga por dación en pago, el Código Civil dispone que la hipoteca puede revivir si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibió en pago o se perdió por culpa del deudor estando aún en su poder (Art. 2942 C.C.), pero si la inscripción se había cancelado, surtirá efectos desde la nueva inscripción y deja libre la acción del acreedor para indemnizarse demandando de daños y perjuicios (Art. 2943 C.C.). Los modos directos de extinción del derecho real de hipoteca dejan intacta la obligación principal. Puede entonces

nulificarse o rescindirse el contrato.

Además, conforme al artículo 2941 del Código Civil, puede terminar por extinción del bien hipotecado, porque se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado, por la expropiación de dicho bien, por remate judicial, por la remisión expresa del acreedor hipotecario y por prescripción de la acción hipotecaria.

Por último, el artículo 244 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos dispone que perderán el privilegio los acreedores que teniéndolo no presenten su demanda de reconocimiento de adeudo en la quiebra del deudor dentro del plazo concedido por el juez. La hipoteca se termina porque si no se demanda en tiempo el crédito se convierte en ordinario y el acreedor hipotecario en acreedor común.

D. OTRAS GARANTIAS-FIDEICOMISO

El negocio del fideicomiso ha permitido la innovación de un sinnúmero de actividades en nuestro derecho. Adaptado a las necesidades mexicanas, actualmente su uso es ampliamente practicado y sus finalidades ilimitadas. Una de ellas y que en la practica ha resultado exitosa, es la de proporcionar seguridad para el cumplimiento de obligaciones, lo que ha desarrollado el fideicomiso de garantía.

a) Concepto

Ni la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares nos proporcionan una definición del fideicomiso. Sin embargo, antes de conceptualizarlo es necesario tomar una posición respecto a su naturaleza jurídica, la cual no ha dejado de ser materia de discusiones y diferentes posturas. Para Rodolfo Batiza, el fideicomiso es "un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vinculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros" (16). Luego, si resulta ser un acto

(16) BATIZA, RODOLFO. El fideicomiso. Edit. Porrúa, México, 1980, pp. 133

jurídico, habrá que ver si es unilateral o bilateral.

Siguiendo las ideas de Batiza, la clasificación del fideicomiso como acto unilateral se fundamenta en el artículo 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que dispone que el fideicomiso se puede constituir por acto entre vivos o por testamento y si bien es cierto que esta última es una declaración unilateral de voluntad, también lo es que no es la única ni principal manera de constituirlo (17).

Así queda endeble la naturaleza jurídica del fideicomiso y es necesario reformarla, ya que "si ni el artículo 346 ni el 352 de la ley precisan la naturaleza jurídica de la institución, tal circunstancia no solo autoriza, sino que obliga a recurrir a otros preceptos legales para la solución del problema. El artículo 352 es copia del artículo 18 del proyecto Alfaro (Proyecto Panameño de 1920), que disponía: "El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos". Al precisar la naturaleza jurídica de la institución por él construida, manifestaba Alfaro que el

(17) BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. pp. 133.

fideicomiso, según espíritu del proyecto, es ni mas ni menos, un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba de dar cada una de las partes... Mas si la característica esencial de los contratos, agrega este autor, es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocas, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o entre ambos; -también Alfaro manifestó- que todo fideicomiso tiene que rehacer forzosamente sobre un bien. La cosa fideicomitida es el objeto del fideicomiso (18). Queda así demostrada la existencia del acuerdo de voluntades o consentimiento y del objeto, tanto directo que son los derechos y obligaciones que se producen, como indirecto que será el bien o bienes sobre el que recaiga el fideicomiso. De esta manera podemos dar como concepto: El contrato por el cual una persona llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, en beneficio del fideicomitente mismo o de un tercero

(18) BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. pp. 134-135.

que se conoce como fideicomisario.

b) Clasificación

- Es un contrato bilateral y sinalagmático perfecto, porque produce derechos y obligaciones recíprocos, para las partes que intervienen.

- Es un contrato oneroso, porque produce provechos y gravámenes para las partes, ya que el fideicomitente se aprovecha de los actos que realice el fiduciario con sus bienes, pero debe de pagarle una retribución y al fiduciario le aprovecha esa retribución y le grava las operaciones que tendrá que efectuar.

- Es un contrato consensual pues se perfecciona por el nuevo acuerdo de voluntades; aunque, cuando los bienes fideicomitidos sean inmuebles, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta sus efectos contra terceros.

- Es un contrato formal, ya que siempre debe de constar por escrito, además de que debe de ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

- Puede ser un contrato principal o accesorio, en

este caso lo es cuando se constituya como garantía de una obligación determinada.

- Por último, es un contrato nominado, ya que con el nombre de fideicomiso se regulan sus principios fundamentales en las dos leyes citadas anteriormente (19).

c) Elementos

De Existencia. En primer lugar el consentimiento, que siempre debe de ser expreso, los fideicomisos implícitos están prohibidos; se conforma con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, respecto de los derechos y obligaciones que a cada uno se atribuyen en el momento de la constitución; también respecto del bien o bienes que se an a fideicomitar, así como de la finalidad que se persiga y de la existencia y determinación del fideicomisario en caso de que exista. Ya que el fideicomiso es válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario; lo que es absolutamente nulo es que se constituya en favor del fiduciario.

(19) BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. pp. 134-135.

En cuanto al objeto, puede ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con excepción de aquellos que sean estrictamente personales de su titular como serían los derechos reales de uso y habitación o el patrimonio de familia.

Los bienes pueden ser muebles o inmuebles, corporales o incorporales; todo lo que puede transmitirse puede ser materia de fideicomiso. Los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectos al fin a que le destinan y en consecuencia, solo pueden ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieren al mencionado fin, salvo los que expresamente se reserven al fideicomitente, los que para el derive del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

De Validez. La capacidad de las partes que intervienen en el fideicomiso se rige por los siguientes principios: El fiduciario en México solo pueden serlo las instituciones de crédito expresamente autorizadas conforme a la ley de Instituciones de Crédito.

Pueden ser fideicomitente tanto personas físicas como personas jurídicas, siempre que cuenten con la

capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que se requiera. En consecuencia, aparte de la capacidad general para contratar, habrá que estar legitimado para disponer de los bienes que se van a fideicomitar.

Para ser fideicomitario, solo se requiere la capacidad de goce para recibir el provecho que implica el fideicomiso, pueden serlo personas físicas como personas jurídicas. Unicamente se encuentran impedidos para ser fideicomisarios las instituciones fiduciarias.

Se puede constituir el fideicomiso sin señalar fideicomisario y será válido siempre que su fin sea determinado lícito, por lo que este no es parte esencial del contrato.

En cuanto a la ausencia de vicios de la voluntad, estamos a las reglas generales de los contratos.

Por lo que respecta a la forma, ya mencionamos que debe de constar por escrito y que se deben de cumplir los preceptos civiles para la forma de transmisión de los derechos o de la propiedad.

El fideicomiso surte efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos: Tratándose de bienes inmuebles, desde la fecha de

inscripción en el Registro Público de la Propiedad del lugar de los bienes. Si se trata de cosa corpórea mueble, desde que la fiduciaria la tenga en su poder. Si se trata de título nominativo, desde que se le endose a la fiduciaria y se haga constar en el registro del emisor, en su caso. Si en un crédito no negociable o un derecho personal, desde que el fideicomiso sea notificado al deudor.

Por último, respecto a la licitud en el objeto, motivo o fin, cabe destacar que expresamente la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito exige que el fin sea lícito y determinado; debido a que las finalidades de un fideicomiso son ilimitadas, por lo que es necesario que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres. Los bienes fideicomitidos deben ser explotados, administrados, siempre este contrato impone obligación de hacer algo con ellos, de ahí también que deban estar perfectamente determinados.

d) Efectos

En el contrato de fideicomiso se pueden pactar los derechos y las obligaciones que se quieran, tanto para el fideicomitente como para el fiduciario, así como los derechos del fideicomisario. Las obligaciones de las

partes que se generan son las siguientes, a grandes rasgos:

Fiduciario: Su obligación principal consiste siempre en cumplir con las finalidades que se le han confiado conforme al acto constitutivo del fideicomiso.

La institución fiduciaria esta obligada a guardar secreto y a rendir cuentas cuando se requiera. Además, tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan en el momento de constitución.

No puede excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia. Debe de actuar siempre como un buen padre de familia y responder por las pérdidas o menoscabos que se ocasionen sobre los bienes fideicomitidos por su culpa (Art. 356 L.T.O.C.)

De lo expuesto y de acuerdo a las ideas del maestro Joaquín Rodríguez, podemos deducir estas consecuencias:

"Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se

haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de los bienes.

El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate. El desempeño de su cargo es obligatorio... asume la obligación de conservar los bienes o derechos" (20).

Fideicomitente: Por regla general, actúa sobre el momento de constitución o en la celebración del contrato, estableciendo de un modo permanente los actos que por su voluntad el fiduciario deberá cumplir para realizar el fin del fideicomiso. Sin embargo, el fideicomitente puede establecer ciertos derechos para intervenir en el funcionamiento del negocio. De esta manera puede reservarse derechos para ejecutarlos el directamente sobre los bienes afectados; puede reservarse el derecho de revocación del fideicomiso y el

(20) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. Derecho Mercantil, Tomo II, Edit. Porrúa, México, 1980, pp. 126.

de pedir remoción del fiduciario para nombrar uno nuevo; también reservarse el derecho de obtener la devolución de los bienes al término del negocio; puede exigir la rendición de cuentas al fiduciario y ejercer acción de responsabilidad en su contra. En consecuencia, se puede reservar todo tipo de derechos que no sean incompatibles con los del fiduciario o los del fideicomisario.

Fideicomisario: Además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, tiene derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento del mismo, el de solicitar la invalidez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio por mala fe o por abuso de facultades legales o contractuales y cuando procede el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos haya salido del patrimonio del fideicomiso.

e) Extinción.

La propia Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (Art. 357), dispone las causas especiales de terminación del fideicomiso, que pueden ser: Por la realización del fin que lo motivo; porque el fin se haga imposible; por hacerse imposible el cumplimiento de la

condición suspensiva de que dependa o por no haberse cumplido en el plazo estipulado o dentro del plazo de 20 años posteriores a la constitución; por el cumplimiento de la condición resolutoria, si se sujeto a una; por convenio expreso entre las partes; por revocación si el fideicomitente se reservó ese derecho y porque no fuese posible nombrar una institución fiduciaria sustituta cuando la original no acepto, renunció o fue removida de su encargo (Art. 350). Extinguido el fideicomiso, los bienes fideicomitidos serán devueltos al fideicomitente, en su caso, a sus herederos a menos que en la constitución aquel hubiese estipulado que pasarán al fideicomisario o a un tercero, nunca al fiduciario.

f) El Fideicomiso de Garantía.

El contrato de fideicomiso ha resultado tan flexible que su uso como garantía es de gran utilidad, convirtiéndose así en un contrato accesorio para otorgar seguridad a determinadas obligaciones preexistentes.

Como garantía, el fideicomiso consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones que el fideicomitente contraiga con el acreedor de las mismas.

Como señala Batiza, "El clausulado del contrato, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, o sea que la suerte principal o por los accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad para el pago de intereses, su tasa, la de los intereses morat6rios, los supuestos de vencimiento anticipado de las obligaciones, porque el deudor no cubra puntualmente un cierto n6mero de pagos de intereses, o porque no cumpla con los impuestos o cargos fiscales que gravan el inmueble; establece el tr6mite a seguir para la venta de este si la obligaci6n no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si no se realiza en la fecha sealada..."(21).

(21) BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. pp. 145.

Capítulo III

GARANTIAS PERSONALES

A) LA FIANZA CIVIL

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

Si bien como garantía personal la fianza aumenta la posibilidad de pago al añadir otro patrimonio u otros al del deudor, también se debe reconocer que su seguridad no elimina los peligros de las enajenaciones fraudulentas o ilícitas del deudor, ni tampoco elimina la posibilidad de que éste multiplique sus obligaciones aumentando el pasivo patrimonial, además, de acuerdo a la ley de concurso, la fianza no concede al acreedor ninguna preferencia para el pago, como las garantías reales, puesto que los créditos afianzados entran a concurso como cualquier crédito ordinario. Sin embargo, su privilegio consiste en que si el deudor principal no paga al acreedor, éste tiene la seguridad de poder demandar y cobrar a otra persona (el fiador) de quien tiene seguridad de solvencia; aunque los

riesgos que corre el acreedor frente al deudor también los puede llegar a sufrir con el deudor subsidiario o fiador. Se habla del deudor subsidiario, porque la fianza es una obligación de resultado, ya que el contenido de la obligación del fiador es responder por el incumplimiento en que incurra el deudor principal, es decir, su fiado.

a) Concepto

Una de las obligaciones doctrinales del contrato de fianza es: "Aquel por el cual una de las partes llamadas fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada para el caso de que un tercero, deudor de este último no cumpla con su obligación" (1). Cualquier definición doctrinal no difiere mucho de la contenida en el Artículo 2794 del Código Civil que a la letra dispone:

"La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedora pagar por el deudor, si este no lo hace".

(1) ZAMORA VALENCIA, MIGUEL ANGEL. Contratos Cíviles. Porrúa, México, 1981, pp. 207.

La relación jurídica contractual se da entre el acreedor de la obligación principal y el fiador quien es ajeno a dicha obligación. El deudor de la principal resulta ser el fiado.

b) Clasificación

Como todo contrato, el de fianza es susceptible de catalogarse dentro de la clasificación general de los contratos y queda con las siguientes características:

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

- También por naturaleza es gratuito, ya que los provechos son para el acreedor quien queda asegurado y en un momento dado será quien reciba el pago y los gravámenes son para el fiador, que asegura y paga.

Sin embargo, admite el pacto en contrario para que sea oneroso, caso en que el acreedor debe pagar la contraprestación que se estipule. Cuando es así, tiene el carácter de bilateral en un sentido amplio, "porque genera obligaciones a cargo de una y otra parte, aunque dichas obligaciones no sean interdependientes entre si y no produzcan los mismos efectos que en un contrato bilateral propiamente dicho,

pues no existen en este contrato la excepción "non adimpleti contractus" -de contrato no cumplido-, ni tampoco la rescisión del contrato de fianza por incumplimiento" (2).

- Es accesorio, pues para que exista depende de una obligación principal y preexistente por cualquier causa, que si esta sujeta a alguna modalidad, también sujeta a la fianza. Esta incluso puede contratarse con modalidades independientes de la obligación principal.

Su carácter accesorio proporciona seguridad para el cumplimiento de la obligación principal, por lo que es un contrato de garantía, y de garantía personal, ya que el fiador asegura que todos sus bienes el cumplimiento de dicha obligación y se compromete a pagar si el fiado incumple.

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

(2) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1976. pp. 392.

- Es un contrato nominado, puesto que está regulado por el código civil con el nombre de fianza.

- El artículo 2745 del Código Civil señala que la fianza civil puede ser convencional, legal y judicial. También existe la fianza mercantil o de empresa.

c) Elementos

La fianza es un contrato por lo que requiere que se cumplan ciertos requisitos para que exista jurídicamente y con validez legal.

- De Existencia

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

El objeto directo, es la creación de la obligación subsidiaria para el fiador, de pagar por el deudor si

este no lo hace. El objeto indirecto, es la prestación que tiene que asegurar el fiador. Esta obligación puede ser de dar, hacer y de no hacer, aunque en los dos últimos casos o cuando la obligación de dar es algo no fungible, la responsabilidad del fiador se traduce en pagar por equivalente monetario lo que incluso se puede pactar desde el inicio (Art. 2800 C.C.). Es importante hacer notar que el fiador puede obligarse por igual o por menos que el deudor principal, pero nunca a más, y si lo hace, por el principio de conservación del contrato, se reduce el monto al del principal. En caso de duda, se debe entender obligado por el mismo monto garantizado (Art. 2799 C.C.).

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

La obligación principal debe de ser válida para que la fianza pueda existir, pues no puede garantizarse obligación que no exista o que no pueda llegar a ser,

ni la afectada por nulidad absoluta.

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

- De Validez.

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

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

Es importante comentar el artículo 2797 del Código

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

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

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

d) Efectos

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

- Efectos entre Fiador y Acreedor. La obligación principal que nace por el mero efecto del contrato es que el fiador pague si el deudor-fiado no lo hace.

Esta obligación es personal porque el fiador puede oponerle excepciones personales al acreedor. Es una obligación distinta de la del deudor principal, aunque tenga el mismo objeto. En ocasiones puede suceder

que si la principal es de dar algo específico, de hacer o de no hacer, el fiador se obligue sólo a pagar por equivalente en dinero; pero siempre las relaciones son distintas, "por ser dos obligaciones, el fiador que paga no extingue la obligación principal -para con el acreedor sí, pero no con el deudor-sin que se subroga en ella contra el deudor principal" (3).

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

La obligación es supletoria de la del deudor principal, pero esto no significa que esté sujeto a condición, ya que existe desde la celebración del contrato de fianza y no se puede interpretar que nace hasta que el deudor principal incumple con su obligación. El fiador está obligado a pagar cuando se haya imposibilitado el pago al acreedor, pero no antes;

(3) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Ob. Cit. pp. 400.

luego es subsidiaria, en tanto que suple la falta del deudor. Del carácter subsidiario derivan derechos que la doctrina y el Código Civil nombran beneficios de orden y excusión. Estos beneficios son renunciables por ser derechos privados y porque la renuncia no perjudica derechos de terceros, sólo al fiador mismo.

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

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

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

El beneficio de excusión consiste en que "habiendo sido ya demandado el deudor y el fiador y obtenido sentencia contra ambos, el fiador puede todavía defenderse y decir al acreedor no puedes embargarme bienes, ni proceder coactivamente contra mi, procede primero contra el deudor, yo soy fiador

simplemente" (4). Por lo tanto, el Art. 2815 estipula:

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

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

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

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

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

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

3.- "Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión".

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

realizarla.

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

Los beneficios pueden ser renunciados válidamente con las siguientes consecuencias:

Conforme al artículo 2822 del Código Civil,

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

El Código es omiso para señalar las consecuencias de la sola renuncia al beneficio de excusión, que se funda en la fracción I del artículo 2816. De esta renuncia lógicamente resulta que el acreedor deberá demandar primero al deudor principal y posteriormente al fiador, quien podrá ser ejecutado en sus bienes

después de la sentencia que se dicte condenándolo a pagar. Por último, el Artículo 2823 del Código Civil señala:

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

- Efectos entre Fiador y Deudor. A pesar de que en contrato de fianza el deudor no es parte y el principio de que los contratos solo producen efectos entre quienes lo celebran, sin perjudicar a terceros, existen obligaciones a cargo del deudor frente al fiador y por lo tanto derechos para éste, que derivan de una fuente extracontractual que en este caso es la ley; por eso los llamamos indirectos. Generalmente por el pago que realizó el fiador a quien se le conceden acciones para obtener del deudor el total o parte de lo que pagó.

Podemos entonces distinguir de la siguiente manera, antes de pagar, el fiador puede exigir al deudor que asegure el pago o lo releve de la fianza: si

fue demandado judicialmente por el pago; si el deudor pretende salir del país; si el patrimonio del deudor disminuye y queda en riesgo de insolvencia; si la fianza fue sólo por un plazo y ya culminó y, si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo (Art. 2836 c.c.). Circunstancias todas que hacen presumir que el fiador no podrá cobrar al deudor posteriormente.

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

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

La acción subrogatoria le permite quedar como

titular del crédito principal y de las demás garantías que lo aseguren.

- Entre Cofiadores. El segundo y demás fiadores de un mismo crédito reciben el nombre de cofiadores. El principal efecto es que el fiador que paga puede reclamar a los demás la parte que les corresponda.

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

Lo dispuesto por este artículo no debe de confundirse con el beneficio de división, que únicamente se opone entre fiadores y una vez que uno de

ellos ha pagado la deuda, ya sea porque por demanda judicial o porque el deudor principal esté en concurso como lo señala el artículo 2837 del mismo Código. De esta manera la regla general, es que la deuda de los cofiadores frente al acreedor es indivisible y cada uno responde por el total; y entre fiadores se divide para que cada uno responda por la parte que le corresponda.

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

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

El beneficio de división no puede oponerse entre los fiadores: cuando se renunció expresamente; cuando

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

e) Extinción

La fianza, como todo contrato, se termina por las causas propias de extinción de los contratos, además por ciertas causas exclusivas y por último, debido a su carácter accesorio, también termina por vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal que garantiza. Lo anterior lo confirma el Art. 2842 del C.C.: "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones". Además, el mismo ordenamiento señala ciertas causales de terminación del contrato de fianza sin que afecte la obligación principal.

Así tenemos que en el caso de coexistencia de fiadores, la liberación que haga el acreedor a uno de

ellos sin consentimiento de los demás, extingue la fianza hasta el importe de la liberación (Art. 2844 C.C.).

Si por culpa o negligencia del acreedor no puede operar la subrogación en sus derechos y garantías a favor del fiador la fianza termina (Art. 2845 C.C.). Debemos destacar que este artículo no señala si las garantías deban ser anteriores al otorgamiento de la fianza o posteriores a ésta. Una interpretación lógica nos lleva a decidir que solo se subrogará en las garantías creadas con anterioridad al otorgamiento de la fianza que proporcionaban mayor seguridad al fiador y no las posteriores porque la fianza ya había sido otorgada. También la quita -remisión de parte de una deuda- en la obligación principal reduce la fianza al mismo monto; y si por ella se crean nuevos gravámenes o condiciones para la obligación principal, se extingue la fianza. En realidad es ésta última parte hay una novación en la principal y debe entonces extinguirse la accesoria (Art. 2847 C.C.). Por último, los artículos 2848 y 2849 del Código Civil señalan los casos de extinción de la fianza que en teoría se encuadran en la caducidad; además de que determinan un plazo de gracia para la existencia de la fianza después de haberse extinguido la obligación garantizada: Artículo

2848.- "El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por cumplimiento de la obligación principal dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por mas de tres meses en el juicio entablado contra el deudor"; Artículo 2849.- "Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedirle al acreedor que promueva judicialmente dentro del plazo de un mes el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado o si en un juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por mas de tres meses, el fiador queda libre de su obligación".

Ambas causales son válidamente renunciables.

f) Fianza Legal o Judicial.

En los números anteriores se expusieron las características del contrato de fianza civil. También se mencionó que sin perder el carácter civil, la ley dispone la existencia de la fianza legal y judicial

(Art. 2795 C.C.). Además les señala ciertas características propias.

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

Como peculiaridades de esta clase de fianza tenemos:

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

- El fiador que otorgue fianza legal o judicial mayor de mil pesos, debe de presentar certificado del Registro Público de la Propiedad para demostrar que cuenta con inmuebles suficientes para responder al cumplimiento de la obligación que garantiza (Art. 2851 C.C.). Debe destacarse que el código no exige que los

bienes no estén libres de gravamen, lo que si ordena el Código anterior de 1884.

- El Código establece un procedimiento de publicidad con la obligación para el beneficiario de avisar al Registro Público de la Propiedad el otorgamiento de la fianza para que el folio correspondiente al inmueble con que se comprobó la solvencia del fiador, se anote preventivamente dicho otorgamiento (Art. 2852 y 3043-IV C.C.). En los certificados de gravámenes que expida el Registro, deberá de aparecer esa anotación preventiva (Art. 2853 C.C.). El objeto de publicidad es para "establecer una presunción 'juris et de jure' de fraude civil para el eficaz ejercicio de la acción pauliana en caso de insolvencia posterior del fiador" (4). (Arts. 2854 y 3044 C.C.).

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

(4) SANCHEZ MEDAL, RAMON. Ob. Cit. pp. 409.

B) LA FIANZA MERCANTIL

Estudiamos por separado la fianza mercantil por las peculiaridades que la integran y por la importancia que representa para el moderno derecho mercantil mexicano, que ha legislado especialmente sobre esta materia.

El maestro Díaz Bravo señala que es criticable la expresión fianza de empresa, porque:

"a) con ella se induce a confusión sobre las fianzas otorgadas por empresas que no son afianzadoras, que sin embargo no son fianzas de empresa strictu sensu, aunque sí en sentido amplio;

b) de seguir por el mismo camino, habría necesidad de rebautizar ciertos otros contratos y referirse, vgr., al préstamo de empresa, crédito de empresa, etc.

Bien está que se emplee en forma coloquial, e incluso en el vocabulario contractual, pues en tales casos cumple una función denotativa práctica, pero creo que sería un desacierto incorporarla en los textos legales como propone Ruiz Rueda (La Fianza de Empresa

a Favor de Tercero, México, 1956, pags. 257 y sigs.), no solo por las apuntadas razones, sino porque de ese modo surgiría la necesidad de regular, al lado de la fianza de empresa, la fianza mercantil, sin contar con la ya existente regulación de la fianza civil, y así quedaría conformada una trilogía legislativa para un solo contrato...(5)."

En el derecho mexicano la fianza era un acto civil que no se hacía referencia a ella ni en el Código de Comercio ni en ninguna ley mercantil. Fue hasta el año de 1943 en que se promulgó la Ley de Instituciones de Fianzas -primera con ese nombre-, cuando vino el cambio, pues en ella se estableció que "las operaciones que practiquen las instituciones de fianzas se considerarán mercantiles para ambas partes (Art. 123), y reafirmó que dichas compañías "necesitaban autorización federal para la práctica habitual de operaciones de fianzas en cualquier ramo, que la fianza onerosa se regiría por las disposiciones especiales de esa ley y como supletorias la legislación mercantil y Código civil para el Distrito Federal; pues

(5) DIAZ BRAVO, ARTURO. Contratos Mercantiles, Colección textos jurídicos Universitarios, Edit. Harla, México, 1983.

este contrato de fianza es un acto de comercio". (Art. Segundo Transitorio).

La ley de 1950 afirmó en su artículo 12 el carácter mercantil y en las reformas de 1981, el artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas también vino a disponer que "Las fianzas y los contratos en relación a ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria". A su vez, el Artículo 5o. disponía que las instituciones de fianzas requieren de concesión federal intransmisible, para organizarse y poder funcionar como tales; y el artículo 113 señala la supletoriedad de la legislación mercantil y del Código Civil del Distrito Federal.

"Así pues, la fianza será mercantil cuando sea realizada por una empresa dedicada a ello, lo que implica el concepto de onerosidad, pues ninguna empresa podría dedicarse a dar fianzas gratuitas, actitud que estaría en contradicción con el concepto mismo de empresa" (6).

(6) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. Ob. Cit. pp. 272.

a) Concepto.

El hecho de que la fianza de empresa sea regulada por el derecho mercantil, no significa que exista una separación tajante con la fianza civil. Es más, el derecho civil es la que informa los aspectos esenciales de esta garantía. La fianza de empresa es una garantía personal, igual que la fianza civil, en el sentido que es una persona el que se añade a la obligación principal para garantizar su cumplimiento; sólo que en materia mercantil, el titular, es una persona jurídica o moral con características específicas, personalidad reconocida por el derecho civil.

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

b) Clasificación.

El contrato de fianza mercantil también puede catalogarse dentro de la clasificación general de los contratos.

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

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

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

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

- Derivado de lo anterior, es un contrato Bilateral, porque produce derechos y obligaciones para ambas partes.

c) Elementos.

Como todo contrato requiere de elementos de

existencia y de validez para su vida jurídica.

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

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

El objeto directo es producir la obligación subsidiaria, para la institución de fianzas, de pagar por su fiado se éste incumple; y la obligación del fiado de pagar la contraprestación estipulada, para obtener la garantía y de reintegrar a su fiador todo aquello que éste pague. El objeto indirecto será la obligación que tiene que asegurar la institución, y para el fiado es siempre una cantidad líquida que paga como prima, lo mismo para el caso de que tenga que reintegrar a la compañía.

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

ocasionan.

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

- De Validez. Las partes del contrato de fianza mercantil son el fiado y la institución de fianzas. El beneficiario o acreedor no interviene en el contrato.

El fiado, en un principio, sólo requiere la capacidad general para contratar, a menos que otorgue por sí alguna contrafianza para lo cual deberá estar legitimado para disponer del bien o bienes que ofrezca.

El fiador, como lo hemos venido apuntando, sólo puede ser una institución de fianzas debidamente autorizada por el Gobierno Federal por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Esto es porque el negocio de fianzas de empresa consiste en otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, y por disposición expresa ese negocio sólo lo pueden realizar instituciones de fianzas (Art. 10. L.F.I.F); porque está terminantemente prohibido a toda persona física o moral distinta a esas instituciones

otorgar en forma habitual fianzas a título oneroso (Art. 3ro. L.F.I.F.).

En términos generales, los requisitos para constituir una institución de fianzas, los señala el Art. 15 de la Ley, los cuales son: constituir una sociedad anónima mexicana; con capital fijo y con el mínimo que establezca la Secretaría de Hacienda; su objeto único debe ser otorgar fianzas a título oneroso; de duración indefinida y con escritura constitutiva y estatutos aprobados por Hacienda e inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

En cuanto a la forma, en la práctica, las afianzadoras celebran contrato escrito, que es adicional a las pólizas que expiden, que son los documentos únicos por los cuales la institución de fianzas puede asumir obligaciones como fiadora.

En cuanto a la licitud en el objeto, motivo o fin y ausencia de vicios en el consentimiento, estamos a las reglas señaladas para la fianza civil y a las generales de las obligaciones.

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

El contrato de fianza de empresa produce sus efectos directos entre la institución y el fiado y los indirectos entre la institución y el acreedor, en forma subsidiaria cuando el deudor incumple con la obligación garantizada. También para el caso de que existan varias instituciones fiadoras de una misma obligación, surte efectos entre ellas.

d) Efectos

- Entre la Institución de Fianzas y el Deudor-Fiado.

La principal obligación para la afianzadora es pagar por su fiado si este no lo hace. A su vez, el fiado debe de pagar a la institución la prima convenida para efectos de que la empresa expida la póliza que entregará al beneficiario como garantía para el cumplimiento de sus obligaciones y garantizar a la empresa la recuperación del monto afianzado. Las instituciones de fianzas deben de tener suficientemente garantizada la recuperación de la cantidad por la cual se obligan (Art. 19 L.I.F.). En consecuencia el fiado además de pagar la prima, debe asegurar convenientemente a la institución de fianzas la recuperación de la cantidad que ésta en un momento dado se verá obligada a pagar al acreedor, además de las

primas, intereses, gastos y daños y perjuicios en su caso.

Para el cobro de la recuperación, primas vencidas y demás créditos, la afianzadora siempre pueden seguir la vía ejecutiva mercantil, ya que el contrato en que consta la obligación, la certificación del contador de la empresa de que se pagó al beneficiario y la copia simple de la póliza traen aparejada ejecución (Art. 96 L.I.F.).

- Entre la Institución y el Acreedor-Beneficiario.

La obligación principal que nace por el mero efecto del contrato, es que la institución de fianzas pague al acreedor si el deudor fiado no lo hace.

Los beneficiarios no pueden rechazar una póliza de compañía autorizada, toda vez que "Las instituciones de fianzas, por las fianzas que otorguen, se considerarán de acreditada solvencia (Art. 12 y 13 L.I.F.); a menos que la institución esté en liquidación o declarada en quiebra.

Una característica importante es que "las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión" (Art. 118 L.I.F.), en consecuencia, si es requerida de pago conforme a derecho, no puede excepcionarse con estos beneficios.

La Ley de Instituciones de Fianzas reglamenta el procedimiento especial que los acreedores deben de cumplir para cobrar a las cías. afianzadoras (Arts. 93, 93 bis, 94 y 95 L.I.F.); debemos destacar el doble procedimiento para hacer efectiva las garantías: "Los beneficiarios de fianzas, a su elección, podrán presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes" (Art. 93 L.F.I.F.). Si el beneficiario opta por presentar su reclamación ante la Comisión, deberán hacerlo por escrito y las afianzadoras estarán obligadas a someterse al procedimiento de conciliación que se refiere el artículo 94 de la L.F.I.F., de lo contrario, si optan por someterse a los tribunales competentes, deberán requerirla por oficio o escrito directo para que cumpla con sus obligaciones, para lo cual dispondrán de un plazo de 30 días hábiles para hacer el pago, si es que procede.

Otro distintivo de la fianza de empresa, consiste en que "cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán sustituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso" (Art. 121 L.F.I.F.), derecho expresamente establecido y

que el acreedor no puede rehusar y no debe, puesto que lo beneficia para la mejor satisfacción de la prestación que se le debe.

Como la fianza civil, si la institución le paga al acreedor, queda subrogada por ministerio de ley en todos los derechos, acciones y privilegios que tenía el acreedor derivados de la obligación garantizada (Art. 122 L.F.I.F.).

c) Entre dos o más Instituciones de Fianzas. Cuando garantizan dos o más instituciones, se produce lo que se conoce como coafianzamiento.

El artículo 116 de la Ley lo regula:

Art. 116.- "Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones otorgan fianzas ante un mismo beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado.

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".

De este artículo se desprenden tres consecuencias

importantes:

En primer lugar, en la fianza mercantil la regla general es inversa a la fianza civil, ya que en ésta, como vimos, existe solidaridad por ley entre cofiadores, a menos que se pacte expresamente la mancomunidad. En cambio, en la fianza de empresa la regla general para las coafianzadoras es la mancomunidad por ley; luego, para que exista la solidaridad se deberá convenir en contrario.

En segundo lugar y derivado de lo anterior, en la fianza mercantil el beneficio de división en principio, se opone frente al acreedor, de tal manera que el beneficiario demanda a una institución por todo el crédito, ésta podrá suspender el proceso hasta que se emplace a todas las demás coafianzadoras.

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

e) Extinción.

La fianza mercantil, como la civil, son

accesorias, pero a su vez derivan de un contrato diferente a lo garantizado, por lo que ambas pueden terminar por modos propios y por vía de consecuencia al terminar la obligación subsidiaria. La ley especial que rige la fianza mercantil, dispone de algunos distingos en relación a la ley civil.

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

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

Por último, en contra de lo que se mencionó en la fianza civil, las fianzas mercantiles "no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor". (Art. 118 L.F.I.F.).

Capítulo IV

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE

LA FIANZA CIVIL Y LA MERCANTIL

De acuerdo a los capítulos antes expuestos, podemos concluir que la fianza civil y la fianza de empresa persiguen en el fondo la misma finalidad: la garantía de un crédito. Mas sin embargo, se pueden apreciar aspectos que las hacen ser absolutamente diferentes.

Para lograr establecer claramente las diferencias básicas entre en contrato de fianza de empresa y el contrato de fianza civil, tomaremos como punto de partida los siguientes aspectos fundamentales:

- a) En cuanto a su naturaleza jurídica
- b) En cuanto a la legislación que los rige
- c) En cuanto a los intereses que protegen
- d) En cuanto a su constitución y funcionamiento

- e) En cuanto a los elementos personales, y
- f) En cuanto al aspecto procesal.

a) En Cuanto a su Naturaleza Jurídica. En los capítulos anteriores se había indicado que el contrato de fianza civil es un acto jurídico precisamente de naturaleza civil, caracterizado por el conjunto de circunstancias y peculiaridades que lo hacen ser ajeno a cualquier finalidad de especulación comercial, como la calidad de las personas que intervienen en el contrato quienes nunca actúan como comerciantes, la espontaneidad del fiador al obligarse a garantizar el pago de un crédito, la relación entre el fiador y el fiado que siempre obedece a lazos de afecto y de confianza, y la propia finalidad del acto que nunca constituye un medio de intercambio mercantil. La fianza de empresa, por el contrario, es un acto jurídico de naturaleza puramente mercantil, porque persigue como finalidad la especulación comercial, mediante la conjugación de todos los elementos propios de una empresa que trata de obtener ganancias vendiendo el servicio de garantía. La naturaleza jurídica de estos dos contratos queda clara y legalmente diferenciada en el artículo 2811 del Código Civil vigente, que manifiesta la idea de fianza civil cuando

dice:

"Quedan sujetas a las disposiciones de este título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas...",

queda aquí plasmada la principal característica de este contrato civil: la espontaneidad del fiador de garantizar el pago de una deuda. Inmediatamente sigue diciendo el precepto:

"...siempre que no las extienda en forma de póliza, que no las anuncie públicamente por la prensa o cualquier otro medio y no empleen agentes que las ofrezcan."

que recoge la idea de fianza de empresa caracterizada por una tónica eminentemente mercantil.

b) En cuanto a la legislación que los rige. En este rubro la diferencia es también determinante, precisamente porque los ordenamientos jurídicos obedecen a las peculiaridades de cada una, y es obvio decir que el legislador considera las diferencias entre ellas.

La fianza civil se rige por el título

decimotercero del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, título cuyo capítulo primero de denomina "De la fianza en general". La legislación de la fianza civil es de carácter local, pues las operaciones puramente civiles se sujetan a las condiciones que se acostumbran y predominan en el lugar, costumbres y condiciones que se plasman en los códigos locales.

El contrato de fianza de empresa se regula por los lineamientos señalados por el mismo código civil, en virtud de que nuestro país carece de una legislación especializada en esta materia, pero la diferencia radica en que la persona que interviene como fiador en este contrato sí es sujeta a una legislación específica, que es de carácter federal y que protege intereses públicos, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y las disposiciones mercantiles supletorias, tal como lo estipula el artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que a la letra dice:

"En lo no previsto por esta Ley regirá la legislación mercantil y el título décimotercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal."

c) En cuanto a los intereses que protegen. Es necesario observar cual es el bien jurídicamente protegido por cada uno de estos tipos de contrato de fianza, porque desde este punto de vista se pueden señalar diferencias fundamentales. El legislador regula el funcionamiento de estas figuras jurídicas tomando en consideración la importancia de su uso en la sociedad.

La fianza civil es un contrato en el cual se protegen intereses privados o particulares de algunas personas determinadas, se protege el patrimonio del acreedor en la relación jurídica principal y se facilita el otorgamiento de créditos que generalmente no tienen como finalidad la intención lucrativa. Por medio de este contrato se manifiesta comúnmente la seguridad de los créditos entre particulares, sin que las relaciones que surjan entre ellos por la celebración de la fianza civil, trascienda a la colectividad, pues no son de interés general.

El bien que jurídicamente protege este contrato es el patrimonio del acreedor, que podría peligrar en un momento dado si no existe garantía, pero es un interés particular que no trasciende a la colectividad porque no pertenece al interés general, pues no existe

en él especulación comercial que pueda dañar a los intereses de la sociedad o del estado. En el contrato de fianza de empresa, teniendo una finalidad definitivamente lucrativa como ya hemos visto en páginas anteriores, el Estado en su calidad de vigilante de la actuación de las empresas especializadas en otorgar fianzas, consideran que sus actividades importan a la colectividad, pues trascienden al común de las personas que en un momento dado puedan necesitar de los servicios de dichas compañías. Esta vigilancia queda a cargo de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según lo detalla el artículo 66 de la L.F.I.F.:

"La inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la que además de las facultades y obligaciones que le atribuye esta Ley, se regirá para esos efectos en materia de fianzas, y respecto de las instituciones mencionadas, por las disposiciones relativas a la inspección y vigilancia de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros."

El bien jurídicamente protegido por los

contratos de fianza de empresa es en cierta medida la economía de la colectividad, pero fundamentalmente la seguridad de los créditos públicos (crédito de estado) o de los créditos tutelados por el estado, ya que generalmente en estos casos la garantía que se utiliza es la fianza otorgada por empresa autorizada, y es que el interés que existe en esos créditos es colectivo o de importancia común.

d) En cuanto a su constitución y funcionamiento.

El contrato de fianza civil se perfecciona por el consentimiento, basta el acuerdo de las partes para ello. Las voluntades que se deben manifestar son la del fiador y la del acreedor. No precisa acuerdo ni asentimiento del deudor, pues aún en contra de su voluntad puede establecerse la fianza, según el artículo 2796 del Código Civil:

"La fianza puede constituirse no sólo en 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".

En la fianza de empresa se precisa de la voluntad

del deudor fiado, pues por el propio carácter oneroso de este tipo de fianza, el fiado se obliga a pagar a la empresa la prima correspondiente y por ende debe manifestar su voluntad, además que en este caso se puede prescindir de la manifestación de voluntad del acreedor; y es que los elementos personales son en la fianza civil y en la mercantil los mismos: fiado, fiador y acreedor, pero mientras que en la primera el fiador es un sujeto pasivo, en la segunda es un sujeto activo.

Por lo que toca a la formalidad de los contratos de fianza civil y mercantil, esta última constará necesariamente en póliza, lo que excluye a la fianza civil, de conformidad al artículo 117 de la L.F.I.F. que a la letra dice:

"Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la

Comisión Nacional de Seguros y Fianzas."

En la práctica vemos que las instituciones de fianzas obligan al fiado o solicitante de la fianza a firmar un contrato solicitud y posteriormente, cuando la empresa ha aceptado las condiciones expide la póliza, pero sin entregar al fiado o solicitante copia del contrato celebrado, considerando que la póliza implica la celebración de un contrato previo; y este no puede ser otro que el de la fianza.

e) En cuanto a los elementos personales. Ya hemos dicho que los elementos personales son en los dos tipos de fianzas, el acreedor, el fiado y el fiador. En cuanto a este último, se pueden señalar diferencias como las siguientes:

En cuanto a su capacidad para ser fiador, podemos considerar que fiador civil puede serlo cualquier persona solvente, señalado en el artículo 2802 del Código Civil:

"El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que

garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse."

pero mercantil sólo un sociedad anónima que sea institución de fianzas y que se encuentre autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, empresa mercantil que inclusive puede emplear personal especializado que introduzca en el mercado la prestación de la garantía, es decir, agentes de fianzas, de acuerdo al artículo 3ro. de la L.F.I.F. donde se indica:

"Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en términos de esta Ley, 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."

Esta autorización que otorga el Estado se da

tomando como base fundamental un mínimo de capital que se fija para estas empresas; lo que no sucede con el fiador civil que puede ser cualquier persona simplemente solvente.

Por otra parte, si juzgamos la obligación del fiador en ambos contratos, advertiremos que aunque su obligación siempre es pagar en defecto del fiado, debe tenerse en cuenta que en la fianza mercantil basta para esto el simple requerimiento de pago, puesto que las empresas afianzadoras carecen de los beneficios de orden y excusión que son propios de la fianza civil. En el orden civil, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que se haya hecho antes excusión (embargo) de todos los bienes del deudor, con fundamento en el artículo 2814 del Código Civil:

"Art. 2814.- El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión de sus bienes."

Pero el beneficio de excusión como también el de división, es incompatible con la naturaleza de las operaciones mercantiles, en los

cuales la solidaridad se impone: Artículo 118 de la L.F.I.F., en la cual se señala:

"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."

La fianza simple es la normal en derecho civil y sólo es solidaria allí, cuando así se hubiese estipulado expresamente, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión de los bienes del deudor, o también cuando el acreedor fuere la hacienda pública:

"Art. 2823.- Si hubiese renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea conveniente; y en caso de que no salga al juicio para el

indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador."

En materia mercantil siempre la fianza es solidaria, sin que este hecho convierta al fiador en deudor directo, pues no es solidario, sino solamente frente al acreedor y no ante el deudor principal.

f) En cuanto al aspecto procesal. En el aspecto procesal encontramos diferencias fundamentales entre los dos contratos que se comparan. En el caso de la fianza civil, la vía procesal que debe utilizar el acreedor para obtener el pago de la deuda del fiador, puede ser el juicio ordinario, respetando desde luego los beneficios de orden y excusión si el fiador no renunció a ellos, y después que la deuda sea liquidada. Por el contrario, en la fianza de empresa el acreedor que quiera litigar en contra de la compañía de fianzas en relación al cumplimiento del contrato, deberá someterse a conciliación previa ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y posteriormente y si lo desea, ejercitar la acción correspondiente siguiendo el procedimiento especial contenido en la Ley Federal de Instituciones

de Fianzas.

Por otra parte, el contrato de fianza mercantil tiene valor ejecutivo si es acompañado de la certificación que haga del documento el contador de la institución afianzadora, estipulado en el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas:

"El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador, u obligado solidario, acompañado de la certificación del contador de la institución de fianzas, de que ésta pagó al beneficiario, y de una copia simple de la póliza, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente. Igualmente, dicho documento y la mencionada copia, traerán aparejada ejecución para el cobro de las primas vencidas y no pagadas, con la certificación del contador de la institución respecto a la existencia del adeudo..."

Por lo que la empresa puede ejercitar la acción cambiaria directa en contra del fiador-deudor, conforme al procedimiento contenido en

el Código de Comercio, mientras que en el contrato de fianza civil el fiador que paga por su deudor podrá recuperar de él la cantidad pagada pero no mediante una acción ejecutiva, sino mediante un juicio ordinario o sumario, según corresponda al caso.

C O N C L U S I O N E S

1.- Así como existe una Ley General de Instituciones de Seguros y una Ley Sobre el Contrato de Seguro, resalta la necesidad de legislar una Ley Federal de Fianzas Mercantiles en la cual se detallen las características propias de este negocio, pero claro, basado en el título décimotercero del Código Civil, en lo que se refiere a la identidad en que deben conservar ambas garantías.

2.- Consignar la obligación del fiador civil, que por el solo hecho de quererse obligar como tal, debe demostrar su solvencia y capacidad de pago.

3.- Complementar el artículo 2802 del Código Civil vigente, en el sentido de otorgarle al acreedor facultades para poder exigir la demostración de la solvencia del fiador, así como su capacidad de pago de la obligación principal, a efecto de que tenga la posibilidad de rechazar o solicitar otro fiador al deudor principal.

4.- Complementar el artículo 2804, otorgándole al acreedor facultades para poder exigir a sus fiadores, en todo momento que dure la obligación principal, la actualización de su solvencia, quedando obligado el fiador a complementarla o justificar la disminución de su capacidad de pago.

5.- Tipificar la acción del fiador que se obliga como tal sin tener capacidad económica para cumplir con la obligación principal o haciéndolo engañando o aprovechándose del error en que se encuentra el acreedor; también debe de tipificarse a los fiadores que por negligencia u operaciones fraudulentas disminuyan su capacidad de pago, en perjuicio del acreedor.

6.- Propongo que la sanción por los actos u omisiones antes señalados sean equiparables al delito de fraude tipificado en el artículo 386 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal.

7.- La Legislación en materia de la Fianza Mercantil constantemente vemos que se está reformando, por lo que con la creación de una Ley con las características señaladas en el punto uno, se aclararían muchos aspectos que no se encuentran tan claros por la diversidad de leyes que intervienen en el negocio de la fianza mercantil.

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

- ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET, J.A. Derecho Romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones. 1a. Edición, Ed. Porrúa, México, D.F.

- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil, Ed. Porrúa, México, 1975.

- BATIZA, RODOLFO. El Fideicomiso, Ed. Porrúa, México, 1980.

- DIAZ BRAVO, ARTURO. Contratos Mercantiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. HARLA, México, 1983.

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

- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1977.
- GARCIA, TRINIDAD. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1953.
- MESSINEO, FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV Derecho de las Obligaciones, Parte General, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- PINA, RAFAEL DE Y PINA VARA, RAFAEL DE. Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1984.
- PLANIOL, MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil, t. III, Cajica, Puebla, 1948.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. XI, Los Contratos Civiles, Segunda Parte, Habana Cultural, Habana, 1946.
- PUIG PEÑA, FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español, t. IV Obligaciones y Contratos, México.

- RODRIGUEZ Y RODRIGEZ, JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil, t. II, Ed. Porrúa, México, 1980.

- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, t. III, Ed. Porrúa, México, 1949.

- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, t. IV, Ed. Porrúa, México, 1949.

- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, t. II, Porrúa, México, 1983.

- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, t. IV, Porrúa, México, 1983.

- SANCHEZ MEDAL, RAMON. Contratos Civiles, Porrúa, México, 1976.

- VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, t. III Parte Especial, Derechos Personales o de Obligaciones, Talleres Tipográficos Cuesta Macías Picarea, Valladolid, 1926.

- VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR. Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1982.

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO
FEDERAL.

I N D I C E

Introducción..... 2

I. Antecedentes y Derecho Comparado de las Garantías Reales y Personales

A. Derecho Romano.....	5
B. Derecho Español.....	9
C. Derecho Francés.....	12
D. Derecho Italiano.....	13
E. Derecho Alemán.....	18
F. México Colonial.....	22
G. México Independiente.....	23

II. Generalidades de las Garantías Reales y Personales

A. Derecho Real y Derecho Personal.....	26
a. Clasificación.....	26
b. Tesis Dualista.....	27
c. Doctrinas Monistas.....	31
B. Concepto y Clasificación de las Garantías	36
a. Concepto.....	37
b. Clasificación.....	37
C. Garantías Reales.....	39
a. Prenda.....	40
b. Hipoteca.....	52

D. Otras Garantías.....	73
a. Fideicomiso en Garantía.....	73
III. Garantías Personales	
A. La Fianza Civil.....	86
a. Concepto.....	87
b. Clasificación.....	88
c. Elementos.....	90
d. Efectos.....	94
e. Extinción.....	104
f. Fianza Legal o Judicial.....	106
B. La Fianza Mercantil.....	109
a. Concepto.....	112
b. Clasificación.....	112
c. Elementos.....	113
d. Efectos.....	117
e. Extinción.....	121
IV. Semejanzas y Diferencias Entre la Fianza Civil y Mercantil.....	123
A. En cuanto a la Naturaleza Juridica.....	124
B. En cuanto a la legislación que los rige.	125
C. En cuanto a los intereses que protegen..	127
D. En cuanto a su constitución y Funcionamiento.....	129
E. En Cuanto a los Elementos Personales.....	131
F. En cuanto al aspecto procesal.....	135
Conclusiones.....	138
Bibliografía.....	141