

294
24
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"



**NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA DE EMPRESA Y SU
DIFERENCIA CON LA FIANZA CIVIL**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
JOSE DE JESUS SANTANA GARCIA**

ACATLAN, EDO. DE MEX.

1991.



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 D I C E

INTRODUCCION

PAG.

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DE LA FIANZA DE EMPRESA

1.1	Roma.....	1
1.2	España.....	11
1.3	México (Origen y Desarrollo de la Fianza de la Empresa).....	15
1.4	La Ley de Instituciones de Fianza de 1942.....	53

CAPITULO II

LA FIANZA EN EL DERECHO CIVIL

2.	La Fianza en el Derecho Civil.....	84
2.1	Concepto de Fianza.....	96
2.2.	Elementos.....	110
2.3	Efectos Entre las Partes.....	124
	A) Entre Acreedor y Fiador.....	124
	B) Entre Fiador y Obligado Principal.....	136
	C) Entre Cofiadores.....	146
2.4	Formas de Terminación de la Fianza.....	151
2.5	Clasificación del Contrato de Fianza Civil.....	156

CAPITULO III

LA FIANZA DE EMPRESA

3.1	Introducción.....	165
3.2	Concepto de la Fianza de Empresa.....	169
3.3	Naturaleza Jurídica (Diversas Teorías).....	174
3.4	Diversas Clases de Fianzas de Empresa.....	213
	A) Ramo I Fianzas de Fidelidad.....	214
	B) Ramo II Fianzas Judiciales.....	223
	C) Ramo III Fianzas Generales.....	229
	D) Ramo IV Fianzas de Crédito.....	230
3.5	Elementos.....	232
	A) Personales.....	233
	B) Formales.....	235
	C) Reales.....	235
3.6	Efectos Entre las Partes.....	236
	A) Entre Afianzadora y Fiado.....	236
	B) Entre Afianzadora y Beneficiario.....	238
	C) Entre Fiado y Beneficiario.....	242
3.7	Modos de Extinción.....	243
3.8	Clasificación del Contrato de Fianza de la Empresa.	247
3.9	La Utilidad de la Fianza de Empresa.....	250

CAPITULO IV

LA FIANZA CIVIL Y DE EMPRESA

4.	La Fianza Civil y de Empresa.....	258
4.1	Similitudes.....	259
4.2	Diferencias.....	262
CONCLUSIONES.....		281
BIBLIOGRAFIA.....		289

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

La necesidad de encontrar en nuestros días medios eficaces para garantizar el cumplimiento de diversas obligaciones, a traído consigo el crecimiento y desenvolvimiento de la Fianza de Empresa; precisamente por ser una de las garantías más confiables y seguras en nuestro país. Sin embargo, a pesar de ser la Fianza de Empresa una figura jurídica ampliamente conocida, existen diversidad de criterios sobre su naturaleza, lo que trae como consecuencia que muchos particulares, llamense fiados, obligados solidarios o beneficiarios, desconozcan el acto jurídico que están realizando, más aun, que al pretender hacer efectivos los derechos consignados en dicha fianza, les surgan dudas que no les permitan ejercerlos correctamente.

En tal virtud, por medio del presente trabajo se pretende llegar a una conclusión sobre la naturaleza jurídica de la Fianza de Empresa, a través del análisis de las diversas teorías que existen al respecto, a fin de crear un panorama más amplio tanto a los particulares, como a las compañías afianzadoras y en general a todos aquellos que pretendan estudiar o hacer uso de esta garantía, esperando que lo aquí expuesto les sirva de ayuda.

Lo anterior obedece a que a pesar de que existen diversos ordenamientos jurídicos que regulan la Fianza de Empresa, tales como la Ley Federal de Instituciones de Fianza Código de Comercio y Código Civil para el Distrito Federal, en ninguno de ellos se establece claramente cual es la naturaleza jurídica de dicha figura, dejando con esto una laguna que la doctrina ha pretendido llenar, sin resultados positivos hasta la fecha, dada la diversidad de criterios que existen sobre el particular.

Otro objetivo primordial que persigue esta tésis es el de dar a conocer los aspectos y elementos fundamentales y primordiales de la fianza expedida por compañías debidamente autorizadas para tal efecto, analizando desde sus antecedentes hasta las diversas áreas susceptibles de ser garantizadas por la misma, observando con esto su benevolencia y ventajas que tiene sobre la Fianza Civil, a fin de tener mejores alternativas de solución a los problemas que se presentan en torno a esta excelente garantía.

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DE LA FIANZA DE EMPRESA

- 1.1 Roma
- 1.2 España
- 1.3 México (Origen y Desarrollo de la Fianza de Empresa)
- 1.4 La Ley de Instituciones de Fianzas de 1942.

RESEÑA HISTORICA DE LA FIANZA DE EMPRESA

1.1 Roma

Aunque en la Antigua Roma aún no existía el concepto de Fianza de Empresa, sí fue ahí donde se le dió vida jurídica a la Fianza Civil, motivo por el cual considero de gran importancia estudiar sus antecedentes, su fuente creadora y su evolución para podernos dar un panorama general, y así, comprender mejor lo que actualmente conocemos como Fianza de Empresa y lograr hacer un mejor análisis de la misma y sus diferencias con la Fianza de tipo Civil.

Sin duda alguna, el Derecho Romano influyó mucho en las legislaciones de diversas civilizaciones, su gran fuerza militar le permitió conquistar una gran cantidad de Pueblos a los que sometió, de una forma u otra, a sus normas y legislaciones. Nuestro Derecho no fué la excepción, ya que aunque no directamente, estuvo también influenciado.

Dado que hablar de la influencia del Derecho Romano en nuestra legislación resultaría demasiado extenso, únicamente haremos mención a los puntos relacionados con la materia de Fianzas, toda vez que, como ya dijimos en el mencionado Derecho, encontramos diversos conceptos que le daban existencia jurídica a la Fianza.

Antes de hablar sobre la Reglamentación de la Fianza en Roma, vale la pena mencionar cual fue la fuente creadora de la misma, la cual nace como consecuencia de la desconfianza del Acreedor ante su Deudor, en donde el primero de ellos, con el fin de lograr desvanecer ese temor, exigió como condición en la reglamentación contractual, la presencia de un tercero ajeno que respondiera por el deudor o asumiera su responsabilidad en caso de que este último no lo hiciese, es decir, se sumaba un deudor más al ya existente.

Entrando al Derecho Romano, se consideraba a la Fianza como un Contrato Verbal Solemne condicionado a una obligación válida principal (carácter accesorio) que podía ser por menos de la suma del contrato principal, pero nunca por más; lo que traía como consecuencia que la misma fuera totalmente nula, situación diferente a la Fianza Moderna, ya que la misma se reduce al importe de la obligación principal.

Para la constitución de la fianza se hacía uso de la *Stipulatio* que consistía en el intercambio de una pregunta y una respuesta sobre una futura prestación.

La *Stipulatio* era una forma de contratar con la cual se le daba validez legal a los actos jurídicos que creaban obligaciones dándole forma a los contratos que carecían de ella, de tal manera que si se omitía la pronunciación de las palabras soleanes al celebrarse el contrato, las obligaciones no eran

exigibles.

En el Derecho Romano existían, al igual que ahora, dos -- principales medios de garantizar un crédito: Las Garantías -- Personales que eran la Fianza, la Correalidad Pasiva (que consiste en que en lugar de un solo deudor el acreedor, tiene varios en relación con una misma obligación y podía escoger el día del vencimiento al más solvente y se diferenciaba de la Fianza en que el fiador responde en segundo término, accesoriamente, mientras que un deudor correal respondía en idéntico grado que los demás deudores correales), y el **Mandatum Pecuniae Credendae**, el cual consistía en que el mandante encargaba al mandatario que prestase una suma determinada a un tercero; en caso de incumplimiento por parte del tercero, el mandatario tenía contra el mandante la **Actio Mandati Contraria**, de modo que este mandato surtía los efectos prácticos de una fianza.

Sin embargo, en comparación con la *sponcio*, *fideicomissio* o *fideiussio* tenía la ventaja de que el fiador no tenía que estar necesariamente presente y que el contrato era de buena fe y no *Strictu juris*, como las fianzas que tenían que darse en forma *estipulatoria*.⁽¹⁾

1. Floris Margadant, Guillermo: "El Derecho Privado Romano. Décima Edición, Editorial Esfinge, S.A., México 1979. Páginas 321 y 420.

La otra forma de garantizar era por medio de las Garantías Reales (Prenda e Hipoteca), y aunque se dice que la Garantía Real es superior a la Personal porque protegen mejor la posición del acreedor, el Romano prefería la Garantía Personal a causa de que el Romano típico hacía gala de exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones, el acreedor, al escoger con algún cuidado a sus fiadores, obtenía de la Garantía Personal una mejor protección a sus intereses. (2)

Así pues, la típica Fianza Romana nació de la *Stipulatio* que según el verbo utilizado en la pregunta y en la contestación, podía ser una *Sponsio*, una *Fideipromissio* o una *Fideiussio*.

La *Sponsio* que fue la forma más antigua, sólo era accesible a los ciudadanos, ya que este tipo de promesa tenía matices religiosos y sólo podía ser celebrada por personas que participaran en la Religión Romana.

Se exigió para que tuviera validez este Acto, que el acuerdo de voluntades tomara la forma estipulatoria, es decir, de intercambio de una pregunta y respuesta sobre una prestación futura, con la utilización del verbo *Spondere*.

Este requisito exigido en la *Sponsio* y en todos los con-

2. Floris Margadant, Guillermo: Op.cit., Pág. 299.

tratos *verbis*, se debió a que la estipulación servía a una doble finalidad: Por una parte creaba deudas nuevas y transformaba las existentes; y segunda, formalizaba los contratos carentes de forma, de tal manera que si se omitían en la celebración de los mismos la pronunciación de las palabras requeridas, las obligaciones derivadas de ellos no eran exigibles.

LA FIDEIPROMISSIO: Esta forma de garantía podía ser utilizada tanto por los ciudadanos romanos como por los extranjeros. Al igual que la *Sponsio*, el *Fideipromissio* se valía de la *Stipulatio* para su forma, siendo las palabras requeridas para su perfeccionamiento *Idem Lides promitis?*, como pregunta; y *Fideipromitio* era la respuesta.

La *Sponsio* y la *Fideipromissio* coincidían o tenían como puntos de semejanza los siguientes:

1. Las obligaciones derivadas de su celebración no se transmitían a los herederos.
2. Ambas garantizaban únicamente obligaciones *verbis*.

Los *Sponsors* y los *Fidepromisores* seguían las mismas reglas y eran deudores personales y accesorios, se les consideraba mandatarios del deudor principal y cuando pagaban por él adquirían en su contra la acción *Mandati Contraria*.

El Romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos o "clientes". Para no castigar con demasiada seve

ridad la observancia de las buenas tradiciones, los Juristas Romanos introdujeron poco a poco varias medidas para suavizar la suerte de los fiadores. Sin embargo, por desgracia, animado de las mejores intenciones, el Legislador intervido tantas veces para proteger al fiador, que finalmente la Fideipromissio resultó una Institución contraproducente e inaceptable para el acreedor,⁽³⁾ un ejemplo de lo anterior, se puede apreciar en la Ley Alpuleya, la cual estableció que en el caso de que hubiere varios cofiadores, se les considerara como socios, otorgando un derecho de reembolso a aquel que pagara íntegramente la deuda, o más de lo que constituyera íntegramente su parte. Este Ley permitió al fiador exigir que el acreedor repartiera la responsabilidad entre los cofiadores solventes, es decir, si alguno de los cofiadores resultare insolvente, la parte de éste recaía sobre todos los demás en la misma proporción. (Sentimiento que se tiene acogido en el artículo 2837, del Código Civil vigente del Distrito Federal).

Después surgió la LEY FURJA, la cual liberaba al fiador de su obligación, siempre que hubieran transcurrido dos años a partir de la fecha en que se vencía la deuda principal o garantizada y no hubiere sido requerido de pago. (Lo que ahora conocemos como una forma de la prescripción negativa). Esta misma Ley permitía la repartición de responsabilidades entre todos los cofiadores, es decir, que cada fiador respondía por la

3. Idem. Página 387.

parte que había garantizado, que resultaba de dividir el importe total de la deuda entre todos los cofiadores, sin importar que fueren solventes o no.

Con el paso del tiempo, las dos formas de Garantía Personal que hemos analizado cayeron en desuso, quedando solamente, la *Fideiussio* como única garantía personal que podía asumirse por *Stipulatio*. Esta garantía también se formalizaba mediante un *Contrato Verbis*, en el cual una persona se obligaba a responder accesoriamente, de una deuda ajena con la propia personalidad, es decir, con el propio crédito. Las palabras solemnes que se utilizaban para preguntar eram, *Idem Fidejubes?*, y la respuesta *Fidejabeo*, naciendo así, una obligación accesoria destinada a garantizar otra principal.

El *Fideiussor* respondía en forma solidaria como un codeudor, aunque su obligación era considerada accesoria, es decir, se necesitaba de la existencia de otra principal y del incumplimiento del deudor. Como consecuencia lógica de esta situación, el *Fideiussor* no podía responder por cosa distinta de la que se había obligado el deudor principal ni por cantidad mayor.

En caso de que lo anterior llegase a suceder, es decir, que se obligara por cosa distinta de la debida o por, o en, condiciones más onerosas, su compromiso era totalmente nulo, a

diferencia de la fianza actual que se puede adecuar a la medida de la obligación garantizada. No obstante, lo anterior, el fiador podía garantizar parte de la deuda.

Estos deudores accesorios tenían el carácter de solidarios, lo que permitía al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación a cualquiera de los dos en el mismo momento, es decir, no necesitaba proceder en contra del deudor para exigirle al fiador el cumplimiento de la obligación, o pago de la deuda.

La situación descrita, fue considerada como injusta y en consecuencia, las personas que podían afianzar fueron disminuyendo, motivo por el cual en la época de Justiniano se otorgó a los fiadores los beneficios de orden y excusión.

Además de lo anterior, cuando eran varios los fiadores, el acreedor podía exigir a cualquiera de ellos el pago de la suma afianzada o el cumplimiento de la obligación, y cuando alguno de ellos pagaba o cumplía, liberaba a todos los demás, lo que llevó al Legislador Romano a considerar esto como una injusticia, motivo por el cual creó una Epístola denominada "Divi Hadriani" que le dio vida a la Exceptio Divitionis que consistía en otorgarle un derecho al fiador para poder exigir al acreedor que hiciera efectiva la deuda en forma proporcional entre todos los que habían afianzado la operación.

Para proteger un poco la situación del fiador, se creó este beneficio de excusión que consistía en que antes de exigir al fiador o fiadores el cumplimiento de la obligación, el acreedor debía proceder a exigir el pago del deudor principal, siempre que se le pudiera hallar y fuera solvente, beneficio que fue recogido por nuestro Derecho y que aún tiene vigencia. Este beneficio al que hemos hecho alusión de excusión, trajo como consecuencia que si al momento en que la deuda era exigible uno de los fiadores era insolvente, el acreedor ya no podía recuperar el total de lo afianzado, problema que tuvo su solución; tal y como se explicó en páginas anteriores, dividiendo la deuda entre los fiadores que fueren solventes al momento del vencimiento del plazo de la deuda.

Por otra parte, vale la pena mencionar los derechos con que contaba el fiador o fiadores, para poder recobrar la suma erogada en cumplimiento de su papel, sobre este punto cabe hacer mención a dos situaciones:

1. Cuando el fiador asumía este carácter por un mandato,(4), es decir, que se le era encomendado por cuenta del deudor, el primero podía hacer uso de la *Actio Mandati Contraria*, en contra del deudor principal para exigir el reembolso de la suma erogada.

4. Entendiendo por Mandato como el contrato por medio del cual el mandante encargaba al mandatario que realizara de terminado acto por cuenta y en interés de aquél, sin la limitación de Actos Jurídicos como actualmente se contempla en nuestro Derecho.

2. Pero si el fiador en forma espontánea y voluntaria había asumido este papel, y en consecuencia renunciado al derecho anterior y se obligaba en contra del deudor, no se le reconocía ninguna acción ni tenía derecho a reclamar nada, pues se suponía - olvidado *Animus Donandi*.

Más adelante, se le concedió al fiador otro beneficio *Cedendarum Actionum* o cesión de acciones, el cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor que antes de pagar, le cediera sus acciones contra el deudor y los demás coobligados, esto significaba que el pago hecho por el fiador no extinguía el derecho a exigir su reembolso, hecho que generaba "una venta de acciones de acreedor o fiador por un precio igual al monto del crédito"⁽⁵⁾ o a la cantidad pagada (situación aceptada y legislada por nuestro Derecho Moderno, artículo 122, Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 2830 del Código Civil del Distrito Federal.

Formas de Extinción de la Fianza en Roma

Dada la condición accesoria de la fianza, ésta se extinguía al mismo tiempo que la obligación principal, sin embargo esta última debía extinguirse en forma absoluta, pues de otra forma no liberaba a los fiadores, obligándose éstos a pagar el faltante eventual. También se extinguía la fianza por cual-

5. Petit, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano". -- Traducción de José Fernández González, Editorial Epoca, México, D.F. 1977. Pág. 338.

quiera de los modos ordinarios de extinción de las obligaciones, ya que el compromiso de responder por deuda ajena era una obligación en sí misma considerada.

1.2 España

La Península Ibérica al ser conquistada por Roma, se vio fuertemente influida por la Cultura de esta última así como en el Derecho, el cual empezó a aplicarse en todas las Ciudades, aunque a decir de Ignacio Galindo Garfias, los Pobladores Primitivos de la Península Española, "siguieron practicando su propia vida jurídica de acuerdo con las normas tradicionales, no escritas, que desde muchos siglos antes habían regido en el País". (6)

Narra la historia que la Primera Obra Jurídica importante que se dio en España fue el Código de Eurico (año 465-485) en el cual predominaban las disposiciones del Derecho Bárbaro y que fue resultado de la codificación realizada cuando gran parte de la Península Hispánica fue invadida por los Visigodos. (7) En el Siglo siguiente y como los Monarcas Visigóticos no podían impedir la aplicación del Superior Derecho Romano a los

-
6. Galindo Garfias, Ignacio: "Derecho Civil", Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1982. Pág. 102.
 7. Floris Margadant, Guillermo: "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Sexta Edición, Editorial Esfinge, S.A., página 29. México, D.F.

pobladores ya Romanizados, por órdenes de ellos, se codificó el Derecho Romano en el Breviario de Alarico,⁽⁸⁾ (año 506), en el cual se percibe todavía la influencia del Derecho Romano; sobre este punto cabe hacer mención a la explicación que nos hace el Maestro Galindo Garfias, el cual dice que, cuando los Godos invadieron la Península, su respeto al Derecho existente determinó que observaran lo que se llama Legislación de Castas y que hicieran dos Códigos: Uno el de Eurico, para los Vencedores, formado sobre el Derecho Germano con alguna influencia romana, y otro, el de Alarico, para los Vencidos formado sobre el Derecho Romano.⁽⁹⁾

La conquista de las zonas sureñas de la Península, por el Emperador Justiniano, dieron allí vigencia a la gran compilación Justiniana llamada posteriormente Corpus Juris Civiles.

Así, y dada la fuerte influencia eclesiástica, en varios concilios se elaboró un Derecho Español Territorial en sustitución del Breviario de Alarico y del Codex Euriciano siendo el resultado El Fuero Juzgo (año 554), que era un Cuerpo de Leyes para Dominadores y Dominados, el cual también contenía clara tendencia Romanística. Con posterioridad surge el Fuero Viejo de Castilla (año 1111), el cual predominaba sobre el Fuero Juzgo como Derecho Especial a las Regiones sometidas a la

8. Floris Margadant, Guillermo: Op.cit., pág. 50.

9. Galindo Garfias, Ignacio: Op.cit., pág. 102.

Corona de Castilla.

Después surge la Ley de las Siete Partidas que probablemente fueron redactadas entre 1294 y 1301, en donde predomina el Derecho romano, cosa fácilmente explicable ya que el régimen de Alfonso X, El Sabio, creador de esta Ley, coincidía con el florecimiento de los estudios académicos acerca del Corpus Juris, que como mencionamos, fue obra del Emperador Justiniano.

Esta Ley de las Siete Partidas, que es otra Obra sobresaliente de compilación de Leyes, tiene gran importancia como antecedente de nuestra Legislación toda vez que estuvo vigente durante la Colonia, en los principios de nuestra Independencia y yo me atrevería a decir que hasta la Época de la Reforma, en que fue promulgado el Primer Código Civil.

La mencionada Ley, reglamenta el Contrato de Fianza, y aunque extrae en gran parte muchos conceptos de la Obra Legislativa Romana, innovando diversos conceptos surgidos de la práctica y las necesidades del Pueblo Español, tales como los beneficios de orden y excusión y 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, concediéndose igualmente el beneficio de cesión de acciones, así mismo no permite constituirse como fiadores a los Clérigos, los Labradores y las Mujeres.

La definición que sobre la Fianza nos da la Ley de Las -- **Siete Partidas**, coincide con las del Derecho Romano "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" y de igual manera se siguió considerando como un -- Contrato Accesorio, Consensual y Gratuito en el cual la fianza no podía excederse en el monto de la deuda principal, ni podía obligarse el fiador a pagar una distinta que la debida por el deudor principal, pero se permitió que los fiadores pudieran garantizar la deuda parcialmente. Por lo que se refiere a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, bastaba el simple consentimiento de las partes, hecho en forma indubitable, para que tuviera validez. Con esto se borraban las viejas costumbres y formalismos del Derecho Romano, que como ya vimos anteriormente, consistían en un **Sponsio**.

En cuanto a la forma de extinción de la fianza, en Las -- **Siete Partidas** se señalaron dos formas: La primera era la Directa, que la extinguía como obligación en sí misma, y la otra era la Indirecta o en Vía de Consecuencia; es decir, al extinguirse la obligación principal se extinguía la fianza (carácter accesorio).

Sin duda alguna, la Ley de las **Siete Partidas**, siguió -- ejerciendo gran influencia en todo el Derecho Español posterior, hasta la promulgación de su Código Civil, que entró en vigor el 1º de mayo de 1889. Este Código consideró a la Fian-

za como un Contrato Accesorio, Gratuito y Unilateral (igual -- que en las anteriores Leyes y aún, que el Derecho Romano), sin embargo estableció la posibilidad de garantizar deudas futuras y al igual que La Ley de las Siete Partidas, establece que la fianza no puede exceder en monto a la obligación principal aun que puede garantizar parcialmente la deuda. De igual manera, el Código Civil Español de 1889 señala los beneficios de orden y excusión y división, así como la subrogación de los derechos del acreedor a favor del fiador cuando éste ha pagado por -- aquel. (Figura Jurídica contemplada en nuestras leyes vigentes. (Artículo 2830, Código Civil y artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). Realiza además tres distinciones de las fianzas, dividiéndolas en: Legales, Convencionales y Judiciales.

En cuanto a la forma, se exigió en este Código que el consentimiento de las partes fuera manifestado en forma expresa para que tuviera validez, borrando con esto para siempre, los viejos formalismos exigidos en el Derecho Romano, del cual sin duda alguna, recibió (el Derecho Español) una gran influencia.

1.3 México (Origen y Desarrollo de la Fianza de Empresa)

La conquista sufrida por nuestro país en el Siglo XVI. por los Españoles, hizo que el Antiguo Imperio Azteca casi desapareciera y junto con él todo marco legislativo que pudiera haber existido en esa época. Sin embargo, los investigadores --

han encontrado algunos datos importantes que nos permiten conocer un poco el Derecho de las diversas Tribus o Pueblos que habitaban el territorio de México en aquella época.

Dentro de esta información y apegándonos a la materia de estudio de este trabajo, podemos decir que los antiguos pobladores conocían Contratos como la Compra-Venta y la Prenda; se admitía la prisión por deudas y la esclavitud por el mismo motivo, transmitiéndose las obligaciones a los herederos. Lo más interesante es que se dice que los Aztecas ya conocían la Fianza en su carácter de Accesorio ya que la utilizaban para garantizar Contratos Principales.

Se dice que la fianza consistía en que el fiador se volvía esclavo del acreedor, si el deudor principal no pagaba. Sin embargo esta fianza se utilizaba de una manera colectiva, es decir, se acostumbraba que se obligaban como fiadoras una o varias familias. (10)

Lo anterior es lo único que se conoce hasta el momento en cuanto a la fianza que fue utilizada en el Derecho Precortesiano.

Pasemos ahora a estudiar los antecedentes de la Fianza a

10. Galindo Garfias, Ignacio: Op.cit., pág. 102.

partir de la época de la Colonia en donde tuvieron vigencia --
Tres Cuerpos de Leyes:

- 1) El de las Españolas, que al mismo tiempo estuvieron vigentes en la Nueva España.
- 2) El de las dictadas exclusivamente para - las Colonias en América y que tuvieron - vigor en la Nueva España.
- 3) El de las expedidas directamente para la Nueva España(11), conocidas también como Derecho Indiano.

Como ya se mencionó en páginas anteriores y dentro del - grupo de las leyes citadas en el inciso 1, tenemos la **Ley de Las Siete Partidas**, que en materia civil, rigió las relacio-- nes jurídicas de la Nueva España, la cual no era considerada como una colonia en sí, sino más bien como un Reino que tuvo un Rey coincidente con el Rey de España, representado aquí -- por un Virrey, el cual, al igual que en España, formó aquí un Consejo de Indias para dirimir las cuestiones Indianas.

El Derecho que tuvo vigencia en la Nueva España se le co-- noció como Derecho Indiano y fue expedido por las autoridades Españolas Peninsulares o sus Delegados, completándose este De-- recho por aquellas Normas Indígenas que no contrariaban los intereses de la Corona o el ambiente Cristiano.

11. García, Trinidad: Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición. Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 1953. Pág. 60.

El fundamento de toda la Legislación Indiana era la Corona, y la ratificación por ella era necesaria para toda medida emanada de los Virreyes. De esta Legislación emanó una avalancha de cédulas reales, provisiones, instrucciones, ordenanzas, reglamentos, decretos, etc., lo cual crea un Derecho complejo, desconfiado y plasmado de trámites burocráticos.

En 1680 se crea "La Recopilación de Leyes de las Indias", en el cual se recogen las cascadas de normas y disposiciones que existían.

Estas Leyes se dividían en nueve libros subdivididos en títulos, y en el libro VII se habla sobre la Fianza, entendiendo ésta en el mismo concepto que se le daba en España, el cual ya analizamos en páginas anteriores. Este Libro VII se refería a cuestiones morales y penales, insistiéndose en que los colonizadores casados no debían dejar a su esposa en España, y si venían solos a las Nuevas Tierras, debían otorgar fianza para garantizar su regreso dentro de dos años (en caso de mercaderes, dentro de 3 años).⁽¹²⁾

en fin, este Derecho Indiano no aportó mucho en cuanto al tema que nos ocupa, ya que tratándose de Derecho Privado, era

12. Floris Margadant, Guillermo: "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", sexta edición. Editorial Esfinge, S.A. México 1984. Pág. 44.

necesario recurrir al Derecho Español (sobre todo, Las Siete Partidas).

La fase de creación del Derecho Indiano terminó en 1821, subsistiendo este Derecho provisionalmente en todo lo compatible con la nueva situación política, hasta que gradualmente, parte de sus reglas se trasladaron a las diversas normas expedidas por el México Independiente.

Una vez conseguida la Independencia, los primeros gobiernos mexicanos decidieron crear Cuerpos Legislativos Propios -- que rigieron en todas las materias. Sin embargo, en materia civil, no fue sino hasta la época en que Don Benito Juárez fue Presidente Constitucional de nuestra República, cuando se encomendó la elaboración de un proyecto de Código Civil el cual -- fue concluido en 1861 por Don Justo Sierra y que por diversos motivos -lucha interna- no pudo convertirse en Ley.

En 1870 y bastante influenciado por el proyecto mencionado, surge en México el primer Código Civil que fue aprobado -- por decreto del 3 de diciembre del propio año, y entrando en vigor el 1º de marzo de 1871.

Este Código recibió gran influencia tanto del Derecho Romano, como del Español, y en especial en materia de obligaciones del Código Civil Francés o de Napoleón; asimismo sirvió como modelo para la creación de los códigos civiles de las diver

sas entidades federativas que forman nuestra República.

Este Código se ocupa de la fianza dentro del capítulo de los contratos, en los artículos 1813 a 1868 y al dar una definición sobre la misma establece:

"Es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace".

También clasifica a la Fianza en Legal, Convencional y Judicial y advierte que ésta puede ser gratuita u onerosa o con retribución para el fiador.

Se establecen dentro de este Código los principios de orden excusión y división pudiendo ser renunciables por el Fiador; sin embargo cuando existían varios fiadores solidarios, y uno de ellos cumplía con la obligación principal, éste tenía derecho de cobrar a los demás fiadores la parte de deuda que les pudiese corresponder.

Para que la obligación del fiador pudiera ser exigible y reclanable, la del deudor principal debía ser civilmente válida, pues si era simplemente natural no se tenía acción contra el fiador, estableciendo:

"Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida".

Además, de que como ya mencionamos, antes de proceder en contra del fiador, el acreedor tenía que reconvenir primero - al deudor principal, así como realizar la exclusión de los -- bienes de éste, (artículo 1841).

De igual manera, entonramos que el fiador no puede obligarse a más de la deuda principal, sin embargo puede afianzar la deuda solo en parte, así lo establecía el artículo 1823 al instituir que si la fianza se extendiere a más, la obligación del fiador, quedaría de pleno derecho reducida a los mismos - términos que la del deudor.

Las mujeres no podían obligarse como fiadoras, sin embargo la ley establecía algunas excepciones, pudiendo ser éstas - fiadoras en los casos siguientes:

- 1° Cuando fueren comerciantes.
- 2° Si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor.
- 3° Si hubieren recibido del deudor la cosa o cantidad - sobre la que recae la fianza.
- 4° Si se obligaron por cosa que les pertenece o en favor de sus ascendientes, de sus descendientes o de - su cónyuge.

En cuanto a las formalidades exigidas para el nacimiento de la fianza, no se dieron en este código, toda vez que bastaba el simple consentimiento de las partes manifestado en forma expresa, para que tuviera validez.

En confirmación de lo anterior, cabe mencionar lo dispuesto por el artículo 1326, que a la letra dice:

"La Fianza no se presume, debe constar expresamente y limitarse a los términos precisos en que esté constituida; sin que en caso alguno puede extenderse a otras obligaciones del deudor, aunque hayan sido o fueren contraídas con el mismo acreedor".

No obstante que no exige formalidad para la creación de este contrato, la misma ley disponía requisitos para poder ser fiador, tales como:

- 1° Capacidad para obligarse.
- 2° Ser propietario de bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados que bastaran para la seguridad de la obligación y estuvieran situados en el lugar donde debiera hacerse el pago.

Este segundo requisito sólo sería exigible en caso de que la deuda fuera mayor de \$300.00 (TRESCIENTOS PESOS 00/100 M.N.) (artículo 1844). (13)

Entre otros conceptos importantes sobre la Fianza contemplados en el Código de 1870, podemos resumir los siguientes:

- Los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Fianza se transmitían a los herederos.

13. Código Civil del 13 de diciembre de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Imprenta dirigida por José Batiza. México 1870.

- El fiador podía oponer al acreedor las excepciones inherentes a la deuda principal, pero no podía oponer las excepciones personales del deudor principal.
- El fiador que solicitare el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes si la insolvencia fuese anterior a la petición.
- Existiendo varios fiadores solidarios, el que pagara podía reclamar de los otros la parte que en proporción a la deuda les correspondía.
- Cuando no había solidaridad, el fiador solamente tenía acción para reclamar al deudor principal por la parte que había pagado (era necesario que cuando el fiador hiciera el pago lo notificara al deudor con el objeto de que éste último no le opusiere las excepciones que tuviera contra el acreedor.

Por lo que se refiere a la forma de extinción de la fianza, los artículos de 1878 al 1884 contemplaban lo siguiente:

1. Cuando se extinguera la obligación principal.
2. Como se extinguía cualquier obligación.
3. Al aceptar el acreedor cualquier cosa en el pago de la deuda, aunque después la perdiera por evicción.
4. Si el acreedor exoneraba a alguno de los fiadores sin consentimiento de los otros, estos quedaban exonerados también proporcionalmente.
5. Si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse los fiadores aún cuando fuesen solidarios, en los derechos, privilegios e hipotecas del mismo acreedor.
6. La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador. Y como última forma de extinción de la fianza, el código del 70 establece:

"La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal y la extingue en el caso de que en virtud de ella quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones".

como se puede apreciar, se contemplan dos formas de extinción de la fianza:

- a) La Directa, que extingue la fianza como obligación.
- b) La Indirecta o en Vía de Consecuencias.

Por último y en sus tres últimos artículos relativos a la fianza, el código al que nos hemos referido, hace mención a las fianzas de tipo legal o judicial siendo lo más relevante en este aspecto que el fiador judicial no podía pedir la excusión del deudor principal.

CODIGO CIVIL DE 1884

Los cambios de gobierno en nuestro país y de forma de pensamiento de sus gobernantes, trajeron como consecuencia la abrogación del Código de 1870 promulgado durante el gobierno Civilista-liberal de Don Benito Juárez, y que fue substituido por el Código de 1884 promulgado en el gobierno de Manuel González el cual se caracterizaba por su procedencia militar.

En cuanto al Contrato que nos ocupa, el nuevo Código Civil no aportó ninguna modificación importante, solamente por las reformas sufridas por éste, en virtud de la Ley de Relaciones Familiares de abril de 1911 en la cual se concedió a la mujer plena capacidad jurídica para celebrar cualquier cla

se de contratos incluyendo entre éstos, el de la Fianza.

En ese mismo año se crearon diversas comisiones para la creación de un nuevo Código de Comercio, el cual fue concluido y promulgado en el mes de abril.

Estas comisiones tuvieron diversos obstáculos, toda vez que la constitución vigente en aquel entonces, no otorgaba facultades al Congreso Federal para legislar en materia de comercio, siendo necesaria la Reforma de la fracción X del artículo 72 de la misma para quedarse como sigue: (Facultades -- del Congreso) "Para expedir códigos obligatorios en toda la República, de Minería y comercio, comprendiendo en este último las Instituciones Bancarias".

Es a partir de esta Reforma Constitucional en que se empiezan a promulgar por el Congreso de la Unión, diversas disposiciones de carácter mercantil.

Para efectos de este trabajo, analizaremos las principales leyes y decretos emitidos, con el fin de legislar en materia de otorgamiento de cauciones y fianzas, hasta llegar a la promulgación de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942.

Como primer antecedente de la Fianza Mercantil o de Empresa, tenemos el Decreto publicado el 3 de junio de 1895 en

el Diario Oficial de la Federación, en el cual el entonces -- Presidente de la República Mexicana, Porfirio Díaz, autoriza al Ejecutivo de la Unión para otorgar concesiones a compañías nacionales o extranjeras, con el fin de que habitualmente -- practicaran operaciones de caución por el manejo de funcionarios y empleados públicos e incluso de aperturales. En este Decreto se establecen las bases para la celebración de los -- contratos-concesión, conteniendo una serie de disposiciones administrativas con el fin de que pudieran operar las compañías de fianzas. No cabe duda que algunas de las principales bases del mencionado contrato, tuvieron una gran influencia -- en el concepto y regulación que actualmente contempla nuestra fianza conocida como de Empresa.

A fin de consolidar lo anterior, a continuación mencionaremos las bases principales que normaron el Contrato-Concesión a que hemos hecho referencia, aclarando que el primero -- que se celebró fue el 19 de junio de 1895, entre el Gobierno Federal y la sucursal de la "American Surety Company of New -- York", siendo en realidad ésta la única aplicación que tuvo -- el Decreto referido. Tales bases son:

1. Las empresas que fueran extranjeras serían consideradas mexicanas para todos los efectos legales, quedando sujetas a la jurisdicción de los tribunales y autoridades de la República, sin poder alegar bajo ningún pretexto, derecho de extranjería.
2. Las compañías afianzadoras debían tener su domicilio en la capital del país si eran nacionales, en caso de

ser extranjeras, establecer una sucursal en la Ciudad de México, sin perjuicio de las agencias que establecieran en los Estados.

3. La duración de la concesión no excedería de 20 años, sin poder ser traspasada a otra compañía, persona o corporación, salvo consentimiento de la Secretaría de Hacienda.
4. Como requisito esencial para otorgar la concesión, deberían depositarse previamente a la orden de la Tesorería de la Federación, la cantidad de \$100,000.00 en efectivo, pesos plata mexicana, en alguno de los Bancos de la Ciudad de México, autorizado por Ley Expresa o Concesión especial para practicar operaciones bancarias, a fin de que sirviera como garantía para el cumplimiento de todas las estipulaciones del contrato.

Por otra parte, se exceptuó a las Instituciones Fiadoras del pago de todos los impuestos, con excepción del timbre.

Por lo que se refiere a la "Prima" o Premio que deberían de percibir las Instituciones por las fianzas que otorgaban, se mencionó que en algún caso sería menor de \$25.00 pesos y una vez realizado el contrato-concesión con la sucursal de la "American Surety Company of New York", se estipuló que cuando la fianza fuese menor de \$600.00 pesos se cobrarían \$25.00 pesos de prima, estableciéndose a su vez, una tabla de proporciones para las diversas circunstancias que pudieran presentarse.

Es de gran importancia mencionar, que tanto en el Decreto que autorizaba al Ejecutivo de la Unión a otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a otorgar fianzas, así como el contrato-convenio celebrado en forma el 19 de junio de 1895 y

del cual ya hemos hecho referencia, se observa que el Gobierno Federal siempre -de una forma u otra- quedó facultado para vigilar e incluso controlar a las empresas afianzadoras, situación que prevalece hasta nuestros días.

A fin de fundamentar lo anterior, daremos a conocer algunos puntos tanto del Decreto del 3 de junio de 1895, como del contrato-concesión del día 19 del mismo mes y año.

Primeramente recordaremos que con el fin de poder firmar los contratos respectivos, el Gobierno solicitaba a las empresas un depósito para garantizar su gestión, que en aquel entonces consistía en \$100,000.00 que debían entregarse previamente a la orden de la Tesorería General de la Federación.

De igual manera, el Gobierno estableció que las fianzas se expidieran en la forma y términos que exigiera la Secretaría de Hacienda, los gobiernos de los estados y en general todos los empleados y funcionarios que estuvieran autorizados para admitir y aprobar dichas fianzas.

Como ya se mencionó, el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda, fijó el monto de las primas que por concepto de la expedición de fianzas pudieran obtener las compañías, pudiendo la mencionada Secretaría retener el sueldo a un empleado Federal cuando dejase de cubrir dicha prima o in-

cluso cesarlo.

Otra facultad importante que se reservó el Gobierno, consistía en que las compañías afianzadoras debían constituir en la Tesorería General de la Federación, en caso de responsabilidad de alguno de los empleados afianzados, un depósito en efectivo, pues si en el plazo que se les concedía no cumplían, la Secretaría de Hacienda en forma discrecional podía distraer la cantidad necesaria para hacerlo, de los \$100,000.00 otorgados para garantizar el contrato, quedando obligadas las empresas a reconstruir ese depósito en el breve plazo de 10 días; el cumplimiento de dicho precepto producía, además, la caducidad de la concesión.

Además la Secretaría de Hacienda calificaba la solvencia y crédito de las compañías extranjeras que solicitaren la concesión, pudiendo tomar en consideración diversos aspectos que iban, desde solicitar a los ministros plenipotenciarios o cónsules, certificados acerca del tiempo que dichas empresas tuvieran de estar funcionando, hasta informes sobre la fidelidad en el cumplimiento de sus compromisos.

Cabe mencionar que en el mismo decreto del 3 de junio de 1895, se establecen las bases procedimentales para hacer efectiva la fianza, o para formular la reclamación en los casos de responsabilidad de un funcionario o empleado.

Cuando el motivo de la responsabilidad fuere la falta de dinero o de valores que debieren existir en caja, la compañía afianzadora tendría la obligación de depositar en efectivo el importe de la fianza otorgada, o el monto del desfaldo, en el caso de que éste fuere menor, dentro de los 8 días siguientes a la fecha en que la Secretaría de Hacienda o la Tesorería General de la Federación le notificara la falta descubierta.

Si la responsabilidad procedía de otra causa, el plazo para constituir el depósito sería de 30 días contados también -- desde la notificación correspondiente.

En cualquiera de los dos casos antes descritos la compañía tenía derecho de inspeccionar los libros, cuentas y documentos que le ayudaran a delimitar la responsabilidad y cuantía del ilícito cometido, todo esto previa autorización de la Secretaría de Hacienda.

Una vez depurada la responsabilidad, y si el empleado estaba conforme con ella, se daría a los depósitos hechos por -- las afianzadoras la aplicación definitiva que correspondiese.

Cuando la compañía había realizado el pago por la responsabilidad del empleado o funcionario a quien tenía afianzado, se subrogaba en todas las acciones y derechos que tenía el fico para obtener el reembolso, excepto cuando el monto de la --

responsabilidad del empleado o funcionario excediere del importe de la fianza, ya que en este caso, la acción del Gobierno sobre los bienes del responsable eran preferentes a los de las compañías, la cual sólo gozaba de prelación sobre los demás créditos a cargo del fallido. También se contempló el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la fianza, el cual consistía en tres años (igual al que ahora nos rige) a partir del término de la vigilancia con el cual fue otorgada la fianza, con la salvedad de que se podía estipular un plazo mayor.

Por último, cabe mencionar que este Decreto permitía a las compañías retirar sus fianzas mediante aviso a la Secretaría de Hacienda o a la autoridad respectiva, si la persona a quien hubiere garantizado no le rindieran sus informes y cuentas dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que debían hacerlo, según las leyes y reglamentos, en la inteligencia de que la fianza surtiría todos sus efectos legales por el tiempo transcurrido y 30 días más a partir de que la Secretaría de Hacienda o la autoridad respectiva recibieran el aviso.

Toda vez que el contrato celebrado con la "American Surety Co." ayudó a satisfacer una de las exigencias apremiantes de la Administración Pública, facilitando a los empleados el cumplimiento de las Leyes vigentes sobre caución, y proporcionando tanto a los gobiernos de los estados como a los municii-

pios y particulares, un medio seguro de vigilar sus intereses y dado que varias compañías solicitaron autorización para practicar operaciones de la misma naturaleza, el Gobierno Federal decidió promulgar el 24 de mayo de 1910 la "Ley que establece las reglas a que deben sujetarse las Compañías legalmente constituidas que sean autorizadas por el Ejecutivo de la Unión para expedir fianzas en favor de la Hacienda Federal".

Durante el plazo de duración del contrato arriba mencionado, surgió la inquietud en diversas empresas de realizar operaciones de afianzamiento, ofreciendo comprobar satisfactoriamente su solvencia y crédito, dar amplia garantía para el cumplimiento de sus obligaciones e inclusive proponiendo reducir los premios, que en ese momento se pagaban por el otorgamiento de las fianzas.

Sin duda alguna, existían varias ventajas para el Gobierno, el hecho de que compañías autorizadas (solventes), proporcionaran fianzas a los empleados que así lo requirieron, toda vez que las oficinas que las solicitare, no tenían por qué preocuparse de calificar en cada caso la solvencia de los fiadores, ya que ésta estaba comprobada de antemano, toda vez que en cumplimiento de las obligaciones se encontraba debidamente asegurado con los depósitos previamente constituidos.

Debido a las ventajas que acaban de citarse y otras más,

el Gobierno consideró que en vez de una sola Compañía de Fianzas, se establecieran varias, las cuales por su propio interés entrarían en competencia para mejorar el servicio, ya siendo reduciendo sus tipos de premios, ya proporcionando mayores facilidades, una vigilancia más eficaz sobre el comportamiento de las personas a quienes garantizaran.

La Ley del 24 de mayo de 1910 a que hemos hecho referencia, constaba de nueve artículos los cuales dentro de su contenido, no varían mucho respecto del Decreto del 3 de junio de 1895.

Las compañías que pretendieran dar cauciones deberían estar legalmente constituidas, ser autorizadas por el Ejecutivo de la Unión para expedir fianzas con el objeto de garantizar el manejo de los funcionarios, empleados y agentes de la administración; al igual que en el anterior Decreto debían de constituir un depósito a favor de la Tesorería General de la Federación.

Dentro de los cambios más radicales que encontramos en esta Ley, es que las compañías ya no celebraban el contrato-concesión, sino que debían de obtener una autorización del Gobierno; podían además garantizar el pago de derechos, contribuciones, impuestos, multas o rentas en los casos en que conforme a las leyes se requiriera del aseguramiento, o bien en garantía

de las obligaciones y responsabilidades procedentes de los contratos que los particulares o empresas celebrasen con el gobierno para la ejecución de obras, o provisión de efectos o materiales.

En cuanto al depósito que tenían que enterar las compañías que solicitasen la autorización, variaba según el caso: de \$100,000.00 pesos, si las fianzas se limitaren al manejo de empleados; de \$200,000.00, si se extendieren a derechos, impuestos, rentas y multas y de \$300,000.00, si abarcaran también responsabilidades de contratistas. Este depósito podía hacerse en efectivo o a diferencia del contrato-concesión, en bonos de la deuda pública por su valor nominal, o por el de plaza, cuando este fuese inferior al nominal.

Con referencia a la nacionalidad y domicilio se siguió -- conservando lo dispuesto por el decreto del 3 de junio de 1895. Por último, cabe hacer mención a la vigilancia que la Secretaría de Hacienda sometió a las compañías que obtuvieran la autorización implantando disposiciones de carácter general, en donde se determinaban los requisitos que las fianzas habían de tener, el máximo de cuotas de tarifas que debían pagarse como premio, así como la manera y término de pago, el tiempo por el que habían de mantenerse vigentes las fianzas después del período por el que se habían otorgado, la forma de su prórroga, las condiciones para retirarlas y en general, todo lo relativo

a la extensión y efecto de las cauciones.

La propia Secretaría de Hacienda implantaría y daría a conocer los procedimientos para solicitar las fianzas, admitirlas y hasta la forma de hacerlas efectivas, contemplando las obligaciones y derechos de las compañías que las expidieren.

Como podemos apreciar el gobierno no desuidó en ningún momento el control de estas empresas, más aún, con este tipo de leyes aseguró de una manera total y autoritaria los posibles delitos que por infidelidad patrimonial y otro tipo de infracciones pudiera sufrir.

No obstante el estado de indefensión en que dejaban a las compañías afianzadoras, se siguió manteniendo como una medida de seguridad que cuando no se hiciera pago oportunamente de las cantidades que se reclamasen, se aplicarían por orden de carácter administrativo, los depósitos que tuvieran las empresas, siempre y cuando las responsabilidades fueren por cauciones otorgadas a favor del gobierno Federal, quedando obligadas a reconstruir el depósito dentro de los 10 días siguientes, so pena de retirarles la autorización.

Ahondando más sobre este último punto (retiro de la autorización), también se facultaba a la propia Secretaría de Hacienda a retirar la autorización, cuando según su criterio se

dieran "causas justas" que así lo determinaren, oyendo previamente a la compañía interesada.

Cabe mencionar, que se les concedió a las compañías el derecho de renunciar a la autorización y dejar de practicar las operaciones relativas, siempre y cuando mediase un aviso con tres meses de anticipación, aunque se seguiría conservando íntegramente el depósito, a fin de cubrir las obligaciones demandadas de las fianzas que con anterioridad hubiesen otorgado.

La declaración de que la autorización quedaba sin efectos se publicaría oportunamente en el Diario Oficial.

Un mes después de la expedición de la Ley que acabamos de analizar, el C. Presidente de la República, Don Porfirio Díaz, con fundamento en el artículo 7 de la misma, expidió las 32 bases reglamentarias de las fianzas que se otorgasen a favor de la Hacienda Pública, exigiendo como primera de ellas que las mismas se otorgaran en forma de póliza.

Se les otorgaba a las compañías afianzadoras el derecho de negar la fianza a algún empleado, aún sin expresar causa, con la simple notificación que se hiciese a la Tesorería de la Federación.

Se estableció como plazo de vigencia de la fianza, el de

un año pudiendo prorrogarse la misma durante otro año, y así sucesivamente, quedando obligada la afianzadora por el importe primitivo de la fianza otorgada, sea cual fuere el número de veces que se prorrogara, a no ser que mediara aviso hecho en forma oportuna a la compañía.

Asimismo, se establecieron las tarifas que en forma anual deberían cobrar las afianzadoras, cabe aclarar que las compañías podían cobrar el premio que ellas quisiese, pero sin exceder de los tipos expresados en las bases que estamos analizando.

De igual forma, se estableció la obligación por parte de las afianzadoras de devolver las primas no devengadas cuando por alguna circunstancia (separación o muerte del empleado o funcionario) el afianzamiento terminaba antes del plazo convenido.

El plazo para la prescripción de las acciones derivadas de la fianza, prescribían en tres años después de concluido el tiempo por el cual se habían extendido.

Las disposiciones a que nos estamos refiriendo, regulan casi en su totalidad las fianzas otorgadas a favor de la Hacienda Pública, en lo que se refiere a delitos patrimoniales cometidos por los empleados, olvidándose casi por completo de

las garantías otorgadas para responder por el pago de impuestos, derechos y multas, o por el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas, regulando únicamente en su cláusula trigésima, que serían aplicables las disposiciones conducentes. Considero que estas bases aportaron un procedimiento más JUSTO para la ejecución de las fianzas, proporcionando incluso medios de defensa a las compañías, en contra de los requisitos de pago.

Sobre el particular, se planteó que la Tesorería de la Federación o la Oficina Superior de la que dependían el empleado o funcionario que hubiere realizado el desfalco, o cualquier otro delito pecuniario, diera aviso por escrito a la Compañía Fiadora, requiriéndola para que verificara el reintegro correspondiente, proporcionándole todos los informes y datos que le pidiera la compañía, pudiendo ésta inspeccionar los libros y cuentas donde apareciese, o fuera comprobable la responsabilidad del funcionario o empleado cuyo manejo se había ocasionado.

Por otra parte, si el delito se descubriera en época en que ya estuviere vencido el plazo de la fianza, la compañía respondería de cualquier suma que no excediera el monto de la misma, siempre y cuando de las investigaciones administrativas practicadas, resultare que el desfalco se verificó o que se incurrió en la responsabilidad durante la vigencia de la fianza.

Sin embargo, si la compañía no hubiese estado conforme con la resolución administrativa, tenía derecho a hacer contencioso el asunto y acudir al tribunal competente en un plazo no mayor de 30 días, a fin de comprobar que el desfalco o la responsabilidad se habían verificado fuera de la vigencia de la fianza.

Igual término se les concedió a las afianzadoras para impugnar alguna liquidación o negar la responsabilidad de algún empleado o funcionario, así como cualquier otra inconformidad en contra de las reclamaciones presentadas; en tales casos de todas maneras las compañías afianzadoras tenían que efectuar un depósito por la cantidad reclamada, o por el monto total de la fianza hasta en tanto se resolviese el juicio.

Si en la sentencia definitiva dictada por autoridad competente, se declarase no haber lugar a la responsabilidad civil por parte del empleado, o ser menor el monto de ella, se devolvería a la compañía el depósito o lo que hubiere pagado de más.

El depósito a que hemos hecho referencia, debía ser integrado a más tardar en 8 días, cuando el motivo de la responsabilidad del empleado fuera la falta de dinero o de valores que debieran existir en caja, si las responsabilidades procedieran de otra causa, el plazo para construir el depósito sería de 30 días.

Por último cabe hacer mención, que las compañías no estaban obligadas a pagar cuando las pérdidas de dinero que sufrían los empleados afianzados, se debieran a robos verificados por terceros, o a siniestros que no les fueren imputables a los empleados; en tales casos las compañías tenían derecho a que se les devolviese la suma depositada, aunque para efectuar se esta devolución era necesario que se promulgara por el tribunal competente, sentencia que hubiere causado ejecutoria, en la que se declarara al empleado exento de responsabilidad civil en el juicio que el mismo empleado, o la compañía hubiesen promovido oponiéndose al reintegro.

Las disposiciones que acabamos de analizar constituyeron sin duda alguna, un gran avance para la regulación de la fianza de empresa, aunque a todas luces insuficiente, ya que únicamente se concretaron a la reglamentación de las fianzas que se expidieron a favor de la Hacienda Pública para garantizar los posibles delitos patrimoniales de sus empleados, no ahondando, ni siquiera en forma somera en otro tipo de garantías o casos que requirieran caución.

El 30 de junio del mismo año en que fueron expedidas las bases, se autorizó el establecimiento de una sucursal en México de la "National Surety Company of New York", para que otorgara fianzas a favor de la Hacienda Pública y por acuerdo del 9 de julio se estableció una sucursal de la Compañía Británica

denominada "London Guarantee and Accident Company", para que - igual que la anterior causionara el manejo de funcionarios y - empleados de la Federación. Posteriormente el 16 de abril de 1915 se constituyó la primera empresa mexicana dedicada a la - expedición de fianzas, la cual se denominó "Compañía Mexicana de Garantías".

No fue sino hasta el año de 1925 durante el Gobierno de - Plutarco Elias Calles, cuando se volvió a legislar en materia de fianzas, creándose el 11 de marzo la ley sobre compañías de fianzas, misma que calificó a éstas como Instituciones de Crédito. Esta Ley, al igual que su predecesora, colocaba a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como máxima autoridad - en la vigilancia e inspección de las compañías; se les obligó también a seguir efectuando el depósito a favor de la Tesore-ría General de la Federación, ya fuera en efectivo o en bonos de la deuda pública para garantizar las obligaciones que con-traían, se permitió que compañías extranjeras establecieran su cursales en nuestro país pero bajo ciertos requisitos.

Dentro de esta ley abundaron las disposiciones de índole contable, pretendiendo con esto mantener a las compañías en estado de solvencia permanente ya que las fianzas expedidas por éstas tenían esa característica principalmente, es decir, que al admitirse una fianza de cualquier compañía autorizada para tal efecto se sobreentendía que la misma tenía una solvencia -

suficiente tanto económica como moral para cubrir cualquier -- responsabilidad que llegase a surgir, sin embargo esta ley no se ocupa sobre prescripciones relativas al contrato en sí, motivo por el cual continuaron vigentes los ordenamientos contenidos en la Ley precedente.

Esta Ley presenta sin embargo, la prohibición dirigida a los individuos y compañías no autorizadas a expedir fianzas en forma habitual y sistemática, salvo que practicaran dichas operaciones en forma accidental, sin que se extendieran en forma de póliza prohibiéndoseles se anunciaran al público o que utilizaran agentes que las ofreciera, so pena de incurrir en delito, lo que colocaba a las afianzadoras en una verdadera situación de privilegio. "Esta norma contribuye a la identificación de la fianza de empresa y es útil para completar su descripción, al proporcionarnos un criterio preciso para distinguir las fianzas que constituyen el objeto propio de las compañías fiadoras, de las fianzas de derecho civil aunque fueren onerosas". (14)

Existieron otras novedades importantes en esta ley, donde se les permitió a las afianzadoras otorgar fianzas de cualquier índole a favor de particulares, pudiendo en consecuencia otorgar fianzas judiciales.

14. Alvarez Canelo, José Guadalupe: "Noción y Distinciones de la Fianza de Empresa", tesis profesional Escuela Libre de Derecho, México, D.F. 1962. Pág. 25

Este tipo de fianzas, solo podían (antes de la publicación de esta Ley), ser prestadas por particulares y por lo tanto no habían sido reglamentadas, por lo que estas nuevas garantías prestadas por empresa constituyó una novedad en el ambiente jurídico de México.

No olvidemos que se consideraba a las afianzadoras como instituciones de crédito, por lo cual quedaban sujetas a la Ley sobre la materia expedida en 1924, en lo que no se opusiera a la Ley de fianzas. Cabe mencionar que en esta ley, por primera vez se exigió que las fiadoras se constituyeran en sociedades anónimas, contando con un mínimo de socios y el capital que deberían de tener para operar, mismo que podía variar en relación directa de los ramos en que las compañías estuvieren autorizadas; asimismo se rechazaron los afianzamientos abiertos, es decir, sin límites de responsabilidad.

Como podemos apreciar, esta ley aunque consideró a las afianzadoras como instituciones de crédito, exigió requisitos importantes para el funcionamiento de las mismas, concediéndoles al mismo tiempo ciertas situaciones de privilegio, tales como la de que las autoridades al admitir una fianza no calificaran en cada caso la solvencia de la empresa, la de eximir a éstas de tener bienes raíces en la República, o como la que ya analizamos de prohibir a los particulares expedir fianzas en forma sistemática.

En fin, no podemos dudar que constituye una gran base para la forma y legislación de la fianza que conocemos actualmente como de empresa.

Al año siguiente, el 31 de agosto de 1926, se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que en su capítulo IX se dedicó a regir a las compañías afianzadoras incorporando al articulado de la Ley anterior, introduciendo solo escasas adiciones y reformas, conservando las compañías afianzadoras el carácter de instituciones de crédito que les concedió el artículo 1do. de la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925.

Dentro de los aspectos más importantes que se exigieron en esta Ley, fue el hecho de que las fianzas se expidieran en forma de póliza y siempre por cantidad determinada; el documento que así se otorgara tenía la calidad de instrumento público para todos los efectos legales.

No se exigió a las afianzadoras plazo mínimo durante el cual estuvieran obligadas a operar, sino que se dejó al arbitrio las mismas, el que en cualquier época dejaran de hacerlo, con la única condición de dar aviso tres meses antes a la Secretaría de Hacienda, la cual continuó siendo el órgano supremo de vigilancia e inspección, pues cuando a su juicio no se cumplían los requisitos y condiciones en que debían prestarse

las fianzas otorgadas a favor de los empleados de la Federación, podía exigirlos, o incluso rechazar las fianzas que no fueren otorgadas conforme a esos requisitos, aunque por lo que respecta a las otras clases de fianzas se estaba lo convenido entre las partes.

Se continuó otorgándoseles a las afianzadoras cierta protección hacia el objeto de las mismas, toda vez que al igual que la Ley de Compañías de Fianzas de 1925, prohibió a los particulares otorgar en forma sistemática fianzas de cualquier tipo, otorgando al transgresor de este artículo, una pena que sería impuesta por los tribunales del orden federal, y en caso de tratarse de compañías cuyo objeto fuese diferente al de otorgar fianzas debidamente autorizadas, la penalidad recaía sobre los Gerentes y Administradores.

Cabe hacer mención que continuaron en vigor las 32 bases reglamentarias del 24 de junio de 1910, pues seguramente durante esos años no tenía gran uso la fianza de empresa como forma de garantía, por lo que estas bases fueron suficientes para regular el contrato de fianza mercantil.

Sin embargo, lo anterior no era completamente válido, ya que en la mencionada Ley Bancaria se señaló un nuevo procedimiento para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, procedimiento que consistía en que si la compa-

ña no daba cumplimiento a su obligación fiadora cuando ésta se hacía exigible después de haber sido requerida de pago, era suficiente con que la oficina ante la cual se había otorgado la fianza, girara una orden de afectación al depósito que previamente la afianzadora debía tener constituido, para que la Secretaría de Hacienda por conducto de la Dirección de Crédito, ordenara la afectación de ese depósito para cubrir el monto de la obligación contraída, previniendo a la compañía para que reconstituyera el monto en un término que no excediera de 10 días. Así pues, esta Ley no aportó nada nuevo a la reglamentación de la fianza de empresa.

Posteriormente en 1932, se promulgó la nueva Ley General de Instituciones de Crédito, la cual decidió que las afianzadoras quedaran fuera del sistema bancario y prácticamente pasaron a formar parte del grupo de instituciones de seguros, porque se consideraba que la técnica de distribución de riesgo operaba en la fianza de igual manera que en el seguro, ya que tomaba el domicilio de la persona afianzada como base para distinguir el contrato de fianza mexicano, en vez de considerarlo sujeta a nuestras Leyes como lo hacía la Ley General de Sociedades de Seguros, para el contrato de Seguro. (15)

15. Olea Elizalde, Pedro: "Relación Jurídica entre el Beneficiario y la Empresa Afianzadora"; Tesis Profesional - - - U.N.A.M., México 1975, Pág. 20

En esta Ley se dejaron subsistentes las disposiciones establecidas para las instituciones de Fianzas de la Ley de 1926 así como las 32 bases reglamentarias expedidas en 1910, ya que estas últimas de una forma y otra, se venían aplicando en las distintas Leyes promulgadas sobre la materia.

Esta Ley General de Instituciones de Crédito, fue reformada en varias ocasiones en la materia de Fianzas, buscando con esto una mayor estabilidad en las Instituciones Fiadoras y una mejor comercialización entre los particulares y empresas del uso de la fianza.

El 6 de enero de 1934 se reforzó el artículo 247 del capítulo IX de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, con el fin de proteger a las Compañías Afianzadoras debidamente autorizadas, ya que dicha reforma en forma precisa, prohibía a las compañías que no estaban debidamente autorizadas y a los particulares, a otorgar o celebrar contratos de fianza. No obstante existía como excepción que la fianza no se prestara en forma habitual, se expidiera en forma de póliza ni se anunciara públicamente por algún medio, ni se utilizaran agentes que las ofrecieran. Lo anterior trajo como consecuencia que la fianza expedida por compañías autorizadas para tal objeto tuvieran un mercado más amplio, aunado a esto la reconocida solvencia que tenían las mismas sin necesidad de tener que comprobarlo en cada caso que se

expidiese u otorgase una fianza.

Además de lo anterior, y a fin de que las normas mencionadas fuesen respetadas, el Gobierno Federal impuso una coacción a las mismas imputando al que las violase el delito de fraude que se tipificaba si se daba alguna de las siguientes agravantes:

1. Las compañías sin estar autorizadas con los requisitos que exigía la Ley expidieran pólizas u otras obligaciones de fianzas, en dichos casos esos documentos no produjeron efecto alguno, salvo de que en la fecha que se tuviera conocimiento del contrato, existiera para la compañía la obligación de cubrir algún riesgo por su póliza, y además, que hubiera habido buena fe en la persona que contrató con la Institución.
2. Los Directores, Gerentes o Administradores que autorizaran la contratación de una póliza sabiendo que la compañía no estaba autorizada para operar en el país.
3. Los Agentes que intervinieran en la celebración del contrato de fianza, si sabían que la compañía no estaba autorizada legalmente para practicar operaciones en la República, procediéndose en estos casos a la clausura de las oficinas y sucursales que la compañía tuviera en el país.

Con esta protección que se les brindaba a las afianzadoras, el mercado de las mismas se incrementó en gran forma, motivo por el cual tuvieron que dictarse diversas medidas (oficios, decretos, circulares) para poder servir de complemento en la reglamentación, tanto de las compañías de fianzas como de la fianza en lo particular. Así en 1939 por oficio del 28 de febrero se les impuso a las compañías la condición de que -

para que sus fianzas fueran aceptadas era necesario que no excedieran en cada caso del 20% del capital y reservas del mismo, creándose así el límite de retención o lo que hoy conocemos como margen de operación.

En base a lo descrito, ninguna compañía podía otorgar fianzas que excedieran ese límite pero, ¿qué hacer cuando existe un afianzamiento que rebasara en cuantía el límite de retención?, esta interrogante fue contemplada por el legislador el cual indicó que cuando existiese una situación como la planteada, la compañía podía reafianzar el excedente en otras u otras empresas que también estuvieran autorizadas; al mismo tiempo se les otorgó a las compañías una opción, ya que si no se quería llevar a cabo el reafianzamiento podían éstas exigir al fiado el otorgamiento de una garantía bastante a favor de la fiadora siempre y cuando la misma fuese aprobada con anterioridad por la Secretaría de Hacienda.

Sin duda alguna, este oficio aparte de subsanar las deficiencias o lagunas que tenían las 32 bases reglamentarias de 1910 sirvió como fundamento primordial para la creación de la figura del reafianzamiento⁽¹⁶⁾, instituida por primera vez en la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942.

Cabe hacer mención que con esta disposición, no sólo se le daba nacimiento a una gran figura jurídica como lo es el --

16. "El reafianzamiento tiene por objeto garantizar la obligación del pago de la empresa reafianzada a favor de su beneficiario, por el otorgamiento de la fianza original".

Cabe hacér mención que con esta disposición, no sólo se le daba nacimiento a una gran figura jurídica como lo es el reafianzamiento, sino que su alcance llegó más lejos, al exigir a los fiados una garantía específica suficiente a cubrir las responsabilidades que, con motivo de la fianza otorgada pudiesen surgir, siendo este requisito hoy por hoy una de las características más importantes, distintivas de la fianza conocida como de Empresa.

Pero el mencionado oficio dejó algunas lagunas que después tuvieron que subsanarse, ya que no especificó qué clase de contra-garantías debía otorgar el fiado en los casos en que las afianzadoras afianzaran en exceso de su margen legal, además de que el oficio solo hacía referencia a fianzas otorgadas a favor de la Hacienda Pública, situación que debió de haberse extendido también a los otros tipos de fianzas otorgadas a particulares, ya que para esta época, el manejo de la fianza de empresa se empezaba a hacer común.

Con el fin de subsanar lo anterior, con fecha 15 de abril de 1940, se realizó un nuevo oficio en el cual se precisaba que las contra-garantías que debían entregar los fiados consistían en depósito en efectivo o en valores, sin embargo se procuraba usar el reafianzamiento como operación preferente. Este oficio se olvidó de considerar a la hipoteca como una contragarantía aceptable motivo por el cual en 1941 se admitió a

ésta como garantía que podía prestar el fiado.

Podía dejar de exigirse el depósito en cualquiera de sus dos formas o la hipoteca, siempre y cuando la Secretaría de Hacienda, (que seguía siendo el órgano supremo de vigilancia de las compañías afianzadoras) así lo autorizara, tratándose de -empresas establecidas en la República y que a juicio de la propia Secretaría, tuviera la solvencia necesaria para responder de las obligaciones que contraía.

Dado el crecimiento en la demanda de fianzas expedidas -- por compañías debidamente autorizadas, y la creación de varias de estas empresas que para esta fecha ya sumaban ocho, se siguieron promulgando decretos y girando oficios que permitieran tener un control sobre el funcionamiento de las mismas; entre otros, podemos mencionar el del 14 de febrero de 1942 mediante el cual --muy atinadamente-- se exigió a las compañías, que --aún tratándose de fianzas expedidas a particulares debían de reafianzarse con otras Instituciones cuando su responsabilidad fuera en exceso de su límite de retención (recordemos que en anterior oficio a que ya hemos hecho alusión, solamente se exigía el reafianzamiento en los casos de las fianzas que excedieran su límite de retención y que fueran otorgadas a favor de la Hacienda Pública), pudiendo ser este reafianzamiento con empresas extranjeras, siempre y cuando cumplieran con los siguientes requisitos:

1. Que en el país de su nacionalidad existiera un control legal sobre compañías de fianzas.
2. Que se exhibiera un certificado de la autoridad competente de su país, comprobando la autorización para operar en ese ramo.
3. Que tuviera la solvencia necesaria.

Asimismo, también se exigió a las compañías afianzadoras que tratándose de fianzas judiciales, debían contar con la aprobación previa de la Secretaría de Hacienda para los reafianzamientos o contragarantías que se otorgaran, sin perjuicio de las facultades de la autoridad respectiva para admitirlas o rechazarlas.

La gran variedad de oficios, circulares, decretos, etc., que sobre materia de fianzas se habían expedido, creaban gran complejidad para la mejor comprensión y desarrollo de las mismas, y dada la gran necesidad que surgió entre los particulares para la utilización de estas garantías, y del crecimiento de la administración pública, en lo que a empleados y negocios se refería, fueron motivos suficientes para que el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda, redactara un proyecto de ley que legislara y normara las relaciones entre las afianzadoras con el mismo Gobierno y con los particulares, e incluso entre las propias afianzadoras, lo cual trajo como consecuencia, y previa la aprobación del Congreso de la Unión, que en el Diario Oficial del 12 de mayo de 1943 apareciera publicado el Decreto del 31 de diciembre de 1942, en el que se -

creaba la Ley de Instituciones de Fianzas la cual entraría en vigor el 1° de junio siguiente.

1.4 Ley de Instituciones de Fianzas de 1942.

Como ya hemos analizado, a estas fechas el crecimiento de la actividad afianzadora en México había prosperado en gran forma, motivo por el cual era necesaria una regulación más adecuada que normara todas las relaciones jurídicas que pudiera surgir alrededor de este contrato.

En 1940 se da el primer intento de crear una Ley que recopilara las bases reglamentarias de 1910 y las numerosas circulares giradas en diversas épocas, realizándose un proyecto de Ley General de Instituciones de Fianzas, mismo que se envió al Congreso y fue aceptado por ambas Cámaras; sin embargo, este proyecto no llegó a cristalizarse, debido a la intervención y gestiones que hicieron las Compañías Afianzadoras ante la Secretaría de Hacienda para que no se publicara esta Ley. No obstante que la citada Ley ya había sido aprobada, nunca se publicó en el Diario Oficial y por lo mismo no llegó a tener eficacia jurídica un solo día.

Las compañías afianzadoras lograron esto, aduciendo que dicha iniciativa había sido elaborada por personas que desconocían el medio, las condiciones y los problemas propios de las

compañías de fianzas, estando por lo mismo muy lejos de llenar su cometido.

Otro argumento empleado por las compañías de fianzas, fue el hecho de que muchas de las disposiciones de esta iniciativa parecían estar referidas a instituciones de seguros, inclusive algunos de sus artículos se refieren a "siniestros", "coberturas profesionales", etc., o sea contenía preceptos, que aunque adecuados a empresas aseguradoras, resultaban inaplicables en materia de fianzas. Por tales motivos y aun habiendo sido promulgada por el Ejecutivo de la Unión en agosto de 1940, esta ley nunca surtió efecto legal alguno porque, como ya mencionamos no se publicó en el Diario Oficial, requisito esencial para que la misma tuviera vigencia.

Sin duda alguna esta fracasada Ley inspiró muchas de las disposiciones de la Ley de Fianzas de 1942, junto con la diversidad de oficios y circulares que sobre la materia se habían expedido y que conjuntada a otras nuevas normas, dieron como consecuencia el nacimiento de la Ley que reglamentó el establecimiento y formas de operar de las empresas afianzadoras.

La promulgación de esta Ley, marca un importante cambio, porque abandona la clasificación de las fianzas sujetas a autorización en función del beneficiario de la garantía, para apartarla en la naturaleza de la operación, conservando como una

categoría especial a la fianza ante autoridades judiciales. (17)

Lo anterior es de gran trascendencia para el sistema afianzador, ya que las compañías debidamente autorizadas podían otorgar cualquier tipo de fianza sin necesidad de autorización previa, es decir, con la simple inspección y vigilancia que realizaba la Secretaría de Hacienda a las empresas a fin de que éstas conservaran en todo tiempo un estado patrimonial ajustado a los mínimos legales, se consideraba que éstas eran de acreditada solvencia, lográndose con esto la tranquilidad y seguridad de quienes eran acreedores o beneficiarios de las mismas; así el artículo 5° de la mencionada Ley establecía:

"El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda, otorgará discrecionalmente las autorizaciones para que una empresa opere en materia de fianzas que correspondan a cualquiera o cualesquiera de estos ramos:

- I Fianzas para caución de personas que tengan a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos o privados.
- II Fianzas ante autoridades judiciales.
- III Cualesquiera otras."

Con esto se permitía a todas las afianzadoras otorgar cualquier tipo de garantías (de las arriba mencionadas), con lo cual se logró una equidad para hacer cumplir las normas

17. "Aspectos Jurídicos y Financieros del Desarrollo del Sistema Afianzador". México, 1987.

plasmadas en la Ley que estamos analizando.

Pasemos ahora a analizar el contenido de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, comentando algunos de los puntos más importantes:

Prohibía las operaciones sistemáticas de fianzas onerosas a personas físicas o morales que no fueran sociedades anónimas de capital fijo, así como las operaciones sistemáticas de fianza onerosa cambiaria a las personas físicas y morales —incluso a las Instituciones de Fianzas— que no fueran "Instituciones de Crédito" u "Organizaciones Auxiliares" de cierto tipo.

Cuidó que la actividad de las Compañías de Fianzas no invadiera el campo de las Instituciones de Crédito y por eso, siguiendo la opinión del Banco de México, les prohibió emitir fianzas en forma de aval.

En una acción proteccionista, esta Ley prohibió a las compañías extranjeras las operaciones de fianzas onerosas en México.

Somete a las compañías de fianzas una vigilancia por parte de la Secretaría de Hacienda, la cual se sigue considerando como Organismo Supremo de Inspección y Control de las Afianzadoras, pues ante ella se gestionan las solicitudes de autoriza-

ción, siendo ésta, la única autoridad facultada para hacerlo, así como formular las revocaciones en los casos en que la situación económica de una afianzadora no permitiere que siguiera funcionando con la solvencia necesaria.

Asimismo, se requiere la autorización de la Secretaría de Hacienda para el ejercicio de la función de agente de las afianzadoras, imponiendo una sanción al que infrinja las normas respectivas, la cual podría ir desde una simple multa, hasta la revocación de la autorización y en algunos casos hasta privación de la libertad.

Por otra parte, se faculta a la misma Secretaría a reprimir la concurrencia desleal entre las afianzadoras, procurando siempre, un desarrollo equilibrado y competencia sana.

Esta Ley impone como requisito para operar como Institución Fianadora, entre otros, el contar con un capital mínimo que variaba según los ramos autorizados, siendo en un millón de pesos si se operaba en uno o en dos y un millón y medio si se operaba en tres.

Además la Sociedad Anónima constituida, tenía que ser de capital fijo (artículo 15 de la ley vigente), intentando con esto mantener un estado de solvencia en las mismas, aunado a los depósitos que tenían que realizar previos a la autorización.

Las empresas autorizadas para expedir fianzas a título oneroso, eran las únicas que podían usar en su denominación los términos "Fianza", "Afianzador", "Afianzamiento", "Caución" u otros que expresaran ideas semejantes, ya fuesen en español o en cualquier otro idioma, (artículo 10 de la ley vigente).

La fracción V del artículo 6° marcaba un plazo mínimo para que las compañías afianzadoras operaran, el cual no podía ser menor de 30 años contados a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio (actualmente son de duración indefinida, fracc. V, artículo 15 de la ley vigente).

Este precepto se justificaba ya que se intentaba proteger los intereses del público, los cuales se consideraban mejor garantizados si las empresas al establecer, lo hicieren por un tiempo más o menos largo y no sólo para realizar unas cuantas operaciones.

Se estableció también el límite de operación con que debían de contar las Instituciones Afianzadoras, el cual se estableció en 50 veces la suma de su capital pagado y reservas del mismo, con lo que se pretendía impedir que las compañías de fianzas soportaran responsabilidades por otros en forma ilimitada, puesto que esto podía conducir las a una insolvencia.

Se admitió la existencia de un margen legal dentro del --

cual las compañías podían expedir sus fianzas, siendo éste del 15% de la suma del capital pagado y reservas estatutarias (artículo 1° de la Ley vigente).

La intención del Legislador fue, como ahora, con el fin de evitar que las compañías afianzadoras soportaran responsabilidades desproporcionadas en relación con sus posibilidades económicas. Sin embargo, y dado que era necesario en muchos negocios el otorgamiento de garantías que rebasaban el margen de cualquier afianzadora, se creó la figura jurídica del reafianzamiento, la cual fue definida por el artículo I transitorio como la "Fianza de Regreso que otorgue una Institución de Fianzas a favor de otra". En caso de que no se quisiera ceder un reafianzamiento a otra institución, el Legislador dejó abierta la posibilidad de que con el fin de no dejar al descubierto el excedente del margen de operación, se otorgaran garantías a favor de la Institución (previa autorización de la Secretaría de Hacienda), las cuales podían consistir en depósito en efectivo o en valores a su precio de mercado, prenda o hipoteca en primer lugar, aunque en este último caso, asegurando el bien por una cantidad suficiente, cuando menos para cubrir el valor de la garantía en favor de la Institución, obligación solidaria o Fideicomiso de Garantía. (artículo 23, segundo párrafo y artículo 24 de la Ley vigente).

Por lo que se refiere al reafianzamiento la ley que esta-

mos analizando contemplaba la posibilidad de que este no se pudiera dar con empresa afianzadora mexicana, entonces concedía la posibilidad de reafianzarse con una compañía extranjera con la salvedad de que debía de comprobarse que el país de la empresa con que se fuera a contratar, ejerciera un control legal sobre la misma, además de estar debidamente autorizada para celebrar este tipo de operaciones (arts. 32 y 35 de la ley vigente).

En cuanto a la aplicación de este último concepto, el Legislador aplicó un criterio sumamente comercial, al permitir en su artículo 33 a las Afianzadoras Mexicanas reafianzarse con empresas extranjeras aun no existiendo excedente en su margen de operación, previa comprobación ante la Secretaría de Hacienda, que el volumen de primas que recibían por los reafianzamientos de compañías extranjeras era, durante el último año, igual o superior al que ellas a su vez hayan cedido o pagado.

No obstante que para estas fechas el uso de la fianza otorgada por compañías debidamente autorizadas se había hecho común, existían aún dificultades y oposiciones entre el público y algunas autoridades de aceptar con facilidad este tipo de garantías, aunque a las mismas se les acreditara en la Ley como de acreditada solvencia (artículo 12 de la Ley vigente).

A decir de Cervantes altamirano, a pesar de que el ordena

miento jurídico que se analiza tenía el carácter de Federal -- (por ser mercantil el acto regulado y por expresa disposición de la Ley), por lo mismo aplicable en toda la República por sobre las Leyes locales, algunos jueces de los estados se habían negado a aceptar fianzas de compañías autorizadas, dando origen a que la Secretaría de Hacienda en uso de sus facultades -- les hiciera ver la obligación que tenían de admitirlas, (artículo 13 de la Ley vigente)⁽¹⁸⁾.

En el capítulo III de la Ley de 1942, se refería a las -- prohibiciones que tenían las Instituciones autorizadas por el Gobierno Federal para expedir fianzas a título oneroso, con el fin de evitar que dichas compañías sufrieran desequilibrios -- económicos, para lo cual delimitó las funciones que éstas de--bían desempeñar:

"Artículo 5º, el Gobierno Federal, por conducto de Secretaría de Hacienda, otorgará discrecionalmente las autorizaciones para que una empresa opere en materia de fianzas que correspondan a cualquier o cualesquiera de estos ramos:

- I Fianzas por caución de personas que tengan a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos o privados.
- II Fianzas ante autoridades judiciales.
- III Cualesquiera otras".

18. Cervantes Altamirano, Efrén: "Fianza de Empresa". Tesis profesional UNAM. México 1950. Pág. 52

Por otra parte y con el fin de que las compañías afianzadoras no invadieran un terreno que estaba expresamente reservado a las instituciones de crédito, les prohibió emitir fianzas en forma de aval.

Considero que además de lo anterior, se les debió de haber prohibido a las afianzadoras el otorgamiento de fianzas de crédito ya que el otorgamiento de éstas entrañaba riesgos particularmente graves para las compañías afianzadoras.

Esta prohibición jamás se contempló, sin embargo la experiencia debió haber enseñado que, el otorgamiento de estas fianzas podía prestarse fácilmente a maquinaciones que podrían ocasionar lesiones irremediables en su estabilidad económica, y todo esto dentro de un marco de aparente legalidad.

Cabe hacer mención, que aún en la Ley actual (1950), no se contempló esta prohibición, sin embargo la expedición de este tipo de fianzas fue considerada como especialmente peligrosas, por lo que por medio de una circular publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de diciembre de 1951 se prohibió en lo absoluto a las Instituciones de Fianzas, el otorgamiento de estas garantías concediéndole a la Secretaría de Hacienda, la facultad discrecional para calificar qué tipo de fianzas entrañan riesgos particularmente graves.

En base a esta facultad discrecional que se otorga a la -
Secretaría de Hacienda (artículo 39 de la Ley Federal de Insti-
tuciones de Fianzas) publicó el pasado 24 de agosto de 1990 en
el Diario Oficial, reglas de carácter general para el otorga-
miento de fianzas, que garanticen operaciones de crédito, con-
cediendo con esto el otorgamiento de cierto tipo de fianzas de
crédito, las cuales analizaremos más adelante.

Volviendo a la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, -
podemos decir que éstos se preocupó mucho por que se considera-
ra a las afianzadoras como empresas de acreditada solvencia, -
impuso normas tendientes a fortalecer el régimen económico de
las Instituciones de Fianzas, imponiéndoles la obligación de -
constituir una serie de reservas que se integraban de modos di-
versos y para distintas finalidades.

En cuanto a la forma de invertir el capital y las reser-
vas, se señalaban una serie de créditos y valores en que po-
dían hacerse dichas inversiones, pudiendo las Instituciones de
Fianzas retirar en cualquier tiempo, alguno o algunos de di-
chos títulos o valores depositados y cancelar total o parcial-
mente sus préstamos hipotecarios (actualmente se les prohíbe a
las afianzadoras obtener cualquier tipo de préstamo y gravar -
los bienes de su activo) o vender sus bienes raíces, reempla-
zándolos por inversiones de igual valor, siempre que lo hubie-
se aprobado la Secretaría de Hacienda.

Por lo que se refiere a la contabilidad de las Instituciones de Fianzas, la Ley de 1942 les imponía la obligación de registrar todos sus actos y contratos en los que en alguna forma resultaban obligadas.

Se obligaba de igual forma a las Instituciones de Fianzas a informar todos los años durante el mes de enero, sobre las operaciones practicadas durante el año anterior, con el objeto de que la Secretaría de Hacienda pudiera analizar la solvencia económica de las mismas. Por otra parte, las compañías en su calidad de comerciantes debían llevar una serie de libros para registrar su contabilidad, los cuales debían estar redactados en español, imponiéndoseles la obligación de publicar en el -- Diario Oficial y en otro periódico de mayor circulación del lugar de su domicilio, el balance cuando hubiese sido aprobado -- por la Secretaría de Hacienda, la cual, por cierto, seguía -- siendo el principal órgano de inspección y vigilancia de las -- Instituciones Afianzadoras, y lo siguió siendo por medio de un personal especial para realizar estas actividades hasta 1968, año en el que por medio del Decreto del 29 de diciembre, se le encomienda a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros como -- la autoridad competente para la inspección y vigilancia de las Instituciones de Fianzas, así como de sus agentes para el efecto de verificar el cumplimiento de las disposiciones a que se refiere la ley respectiva.

El Título V del Ordenamiento Jurídico que analizamos se encargó de mencionar y reglamentar los procedimientos que debían seguirse a fin de hacer efectiva una fianza. En su artículo 92 se reglamentó la instancia de tipo conciliatorio que previamente debían hacer valer los particulares ante la autoridad administrativa representada por la Secretaría de Hacienda.

Para resolver las controversias contra las Instituciones de Fianzas, el procedimiento conciliatorio consignado en el precepto legal invocado, así como el contencioso administrativo contenido en los artículos 96, 97 y 98 de la Ley a que se hace referencia, se creó un organismo administrativo que se llamó Comisión Consultiva de Fianzas, dictándose disposiciones de derecho sustantivo que regirán en sí el contrato oneroso de fianza mercantil.⁽¹⁹⁾ Es decir, la reclamación contra una Institución de Fianzas debía primero tramitarse en la Comisión Consultiva de Fianzas dependiente de la Secretaría de Hacienda la cual formulaba un proyecto de resolución (si no lograba que hubiese conciliación), que era sancionado en definitiva por el Departamento de Seguros de Fianzas.

Si el fallo respectivo se consideraba que la compañía estaba obligada a pagar, se le obligaba a constituir una reserva

19. Ibarzabal Jiménez, Humberto: "El Reafianzamiento en México". Tesis profesional UNAM, México 1950. Pág. 15

y a depositar efectivo o valores de fácil realización en la Nacional Financiera, S.A., en garantía de sus probables responsabilidades.

Una vez agotada esta instancia, los beneficiarios de las fianzas podían acudir para plantear su reclamación ante los Jueces comunes que podían en DEFINITIVA, absolver o condenar a las compañías fiadoras. En uno y otro caso deberían de comunicarlo a la Secretaría de Hacienda, para que ésta requiriera de pago a la afianzadora o en caso de ser absuelta se le autorizara el retiro de la reserva constituida.

Ahora bien, si la compañía condenada a pagar por sentencia ejecutoriada no cumplía en el plazo que se le señalaba, la Secretaría de Hacienda estaba facultada para hacerlo por ella tomando de las reservas de la Compañía Afianzadora, la cantidad suficiente para cubrir su responsabilidad.

Se contemplaba un procedimiento distinto para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, Estados o Municipios, el mismo procedimiento consistía en que, cuando la obligación afianzada se había hecho ya exigible, los beneficiarios deberían de requerir de pago a la afianzadora en su oficina matriz, concediéndosele a esta última un plazo de 30 días para cubrir dicho adeudo en caso de ser procedente. Una vez transcurrido dicho plazo sin que la fiadora hubiere cubier

to la reclamación correspondiente, la autoridad acreedora debía de presentar ante la Secretaría de Hacienda una reclamación en forma de demanda de la cual se le corría traslado a la compañía para que produjera su contestación dentro del plazo de 5 días, para pasar después a un término probatorio de 10 días, cinco días más para alegatos y en 10 día hábiles siguientes la Secretaría debía de dictar resolución.

En caso de inconformidad contra la resolución emitida, -- las Instituciones de Fianzas contaban con 15 días a partir de la fecha en que se hubiese notificado a las partes, para recurrir la misma ante el Tribunal Fiscal de la Federación, aunque se les exigía constituir un depósito en efectivo, para obtener la suspensión de la resolución impugnada.

Los procedimientos a que hemos hecho mención, eran de carácter obligatorio para las partes que intervenían en él y debían de agotarse antes de cualquier instancia de tipo judicial.

Considero que el hecho de obligar a las afianzadoras, (en las fianzas otorgadas a favor de las Entidades Federativas, Es tatales o Municipales), a constituir un depósito en efectivo -- cuando recurrieren a alguna resolución de la Secretaría de Hacienda, era incongruente, ya que se suponía y que las mismas -- eran de acreditada solvencia, por tal motivo resultaba ilógico que se exigiera dicho depósito, más aún esta disposición causa

ba a las instituciones afianzadoras un perjuicio económico al obligarles a constituir el depósito en efectivo, ya que la cantidad depositada no generaba ningún tipo de interés, y tampoco se podía invertir en ninguna clase de valores mientras no se dictara sentencia.

Es importante mencionar, que se les dió posibilidades a las afianzadoras de constituirse en parte en todos aquellos procedimientos judiciales en los que hubieren otorgado fianza, aunque también se les privó de los beneficios de orden y excusión. (principal característica de las fianzas que actualmente conocemos como de empresa).

Por otra parte, esta Ley dispone en el capítulo último relativo a Disposiciones Varias, en las cuales destacaban por su importancia, el artículo 123 por medio del cual se consideran mercantiles para todas las partes, las operaciones practicadas por Instituciones Afianzadoras, evitando con ésto, que en cada caso tuviese que calificarse la naturaleza de los actos realizados.

Sin duda alguna, esta disposición reafirma el carácter de las fianzas otorgadas a Título oneroso por Instituciones debidamente autorizadas, así como forma parte del derecho fundamental para que las compañías afianzadoras hagan valer sus derechos derivados de las responsabilidades cubiertas por las fian

zas por ellas expedidas.

Asimismo, se le concedieron facultades a la Secretaría de Hacienda para interpretar administrativamente y por medio de disposiciones generales, que debían publicarse en el Diario Oficial, la Ley que estamos analizando, así como para resolver sobre su aplicación a casos concretos.

Por último, considero que es de gran importancia analizar los artículos transitorios de la Ley de 1942, ya que en los mismos se establecía una especie de reglamentación del contrato de fianza prestado por empresas. Esta reglamentación resultó bastante incompleta, lo cual lo sabía el Legislador, ya que en la exposición de motivos del citado ordenamiento en su parte relativa mencionó que "entre las disposiciones transitorias se colocan unas reglas que en definitiva deberán formar parte de un Código de comercio, pero cuya vigencia no puede demorarse si es que se desea que la Ley en su parte orgánica cumpla las finalidades que de la misma se esperan". (20)

En el año de 1955, terminó su proyecto del Nuevo Código de Comercio la Comisión de Legislación y de revisión de Leyes de la entonces Secretaría de Economía en el cual se incluía un

20. "Legislación Sobre Fianzas", Secretaría de Hacienda y -- Crédito Público. México 1958.

capítulo (El undécimo del libro IV), dedicado a la reglamentación de la fianza de empresa, sin embargo éste nunca pudo cristalizarse y hasta la fecha la fianza de empresa sólo es reglamentada por su propia ley, que es de carácter federal, sin embargo en las dos leyes (1942 y la vigente), se contempla aplicable el Código de Comercio dado el carácter que se les da a las fianzas expedidas por compañías debidamente autorizadas y por la misma disposición de la ley o en su defecto, el Código Civil vigente en el distrito Federal, en su título Décimo Tercero de la segunda parte del libro cuatro.

Entrando de lleno al estudio de los artículos transitorios de la Ley de 1942, el primero de ellos establece que es aplicable a las Relaciones Jurídicas provenientes del Contrato de Fianza a Título oneroso, primero la Ley de Instituciones de Fianzas; a falta de ella, el Código de Comercio y en ausencia de este último, la parte relativa del Código Civil.

Asimismo, en el artículo II concede el carácter de Actos de Comercio a los contratos de fianza a título oneroso, exceptuando aquellos que se celebran en forma ocasional por quienes no constituyeran una Institución de Fianzas; para lo anterior se obligaba a las afianzadoras a expedir a los interesados una constancia en forma de póliza, en la que se debía de anotar una serie de requisitos exigidos por la Ley, y las estipulaciones que convinieran las partes, siempre y cuando no

contravinieran lo establecido por la propia Ley y en la Legislación Mercantil.

En el artículo IV señala los requisitos que deben cumplir se por el acreedor en caso de que conceda prórroga o esperas - al deudor principal, exigiendo cuando se trata de la primera - vez, la notificación a la fiadora dentro de los 5 días hábiles siguientes y en las subsecuentes el consentimiento expreso de la misma.

Se contempla la certificación del contador como documento que trae aparejada ejecución a fin de que las afianzadoras recuperen cantidades que hubiesen erogado por el apgo de recla~~ma~~ - ciones derivadas de una póliza de fianza, o bien para el cobro de primas que el fiado hubiese dejado de hacer (igual situa~~-~~ - ción prevalece en la Legislación vigente).

Igualmente, ya desde entonces, se les concedía a la Afian~~-~~ - zadoras acción contra cualquiera de los obligados, aún antes - de haber ellas pagado, para exigirles una garantía que podía - consistir en depósito, prenda o hipoteca, siempre y cuando - - acreditaran los supuestos que a continuación se resumen:

1. Cuando se les hubiese requerido judicial o extrajudi~~-~~ - cialmente.
2. Cuando cualquiera de los obligados se hallare en peli~~-~~ - gro de quedar insolvente.

3. Cuando los obligados hubiesen otorgado datos falsos -- con respecto a su solvencia.

En su artículo X transitorio, la Ley concedía a las empresas la facultad de cumplir en defecto del deudor principal, -- cuando éste no le hubiere hecho, siempre y cuando se tratara -- de obligaciones de dar o de hacer, es decir la afianzadora podía substituir al deudor principal en el cumplimiento de su -- obligación (artículo 121 de la Ley vigente). El pago hecho -- por una Institución de Fianzas, en virtud de las pólizas que -- hubiese expedido, le concedía la facultad de subrogarse en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se derivaran de la obligación garantizada (precepto también adoptado por nuestra Ley vigente).

Para finalizar con el análisis de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, cabe mencionar una disposición que considero importante en la que se establecía que todos los actos procesales derivados de pólizas y contratos de fianzas debían regirse por las leyes vigentes al tiempo en que se hiciesen vallar.

Esto es de gran importancia, toda vez que como ya analizamos, antes de la publicación y vigencia de esta Ley hubo demasiados oficios, acuerdos, circulares, decretos, reglas, etc., que intentaban de una manera, regular la actividad afianzadora existiendo por lo mismo, diversidad de criterios y opiniones --

los cuales se lograron conjuntar con esta primera, y a mi manera de ver, trascendental y adecuada ley.

No quiero concluir este capítulo sin antes expresar los motivos del maestro Luis Ruiz Rueda, que lo impulsaron a sostener que la ley que acabamos de analizar es una Ley de Policía, lo cual considero importante dar a conocer, así como —aunque sea de una forma breve— las principales disposiciones jurídicas y sus reformas que han seguido a la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, hasta nuestros días.

El Maestro Luis Ruiz Rueda, refiriéndose a la Ley de Instituciones de Fianzas, dice:

... "esta ley es de Derecho Administrativo, porque norma las relaciones de las Empresas Afianzadoras con la Administración Pública, pero para determinar la especie a la que pertenece, es conveniente precisar el tipo de la actividad administrativa disciplinada en la Ley.

El examen, aún superficial de su contenido, nos muestra que tiene por objeto una limitación de la actividad de los particulares, de carácter negativo; en unos casos absoluta, en otros términos que constituye una prohibición general para el ejercicio de una actividad sin admitir excepciones; en otros casos relativa porque la prohibición admite excepciones, y en otros, finalmente, condicional cuando la limitación se remueve mediante la realización de una condición que consiste en un acto administrativo que se basa en los poderes discrecionales que a la Administración Pública se confieren, para autorizar el ejercicio de la actividad limitada.

Estas limitaciones, fundadas en una defensa del interés público que constituye uno de los fines inmi-

tes de la actividad administrativa y sancionadas adecuadamente para que sean efectivas, son la base de lo que se llama la función de policía..."(21)

Por su parte, Reneletti, citado por el Maestro Ruiz, define la Ley Policía mencionando que:

"es aquella forma de actividad pública en el campo de la administración interna, que se realiza limitando o regulando la actividad pública en el campo de la administración interna, que se realiza limitando o regulando la actividad de los particulares (personas físicas o jurídicas) y eventualmente si es necesario, por medio de la coacción, a fin de garantizar el todo social y sus partes, contra los daños que pueden provenir de la actividad humana".(22)

Una vez que tenemos la idea de por qué se consideraba a la Ley de Instituciones de Fianzas como una Ley de Policía, pasemos a analizar las Leyes y Reformas que siguieron a esta Ley, hasta llegar a nuestros días.

El 29 de diciembre de 1950 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual abrogó a la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, sin embargo no introdujo cambio alguno en la situación creada con anterioridad y la operación de fianza conservó sus mismos elementos específicos.

21. Ruiz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos". Edición conmemorativa realizada por Fianzas México S.A. México, D.F. 1985. Pág. 25.

22. Idem. Pág. 26

La vigencia de este ordenamiento puede dividirse en cinco grandes etapas, que son:

PRIMERA. Desde su promulgación en 1950, hasta las Reformas de 1968; durante este lapso las Instituciones de Fianzas no son consideradas como organizaciones auxiliares de crédito y su inspección y vigilancia es practicada directamente por la Secretaría de Hacienda.

Se establece el reafianzamiento obligatorio respecto a -- aquellas fianzas que excedan la capacidad de pago de la Institución.

El sistema de operación se ha estructurado de modo que, - las Instituciones sólo otorguen fianza cuando tengan suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de fiadoras.

El 6 de diciembre de 1951 se publicó en el Diario Oficial circular 305-14-99 que prohíbe en lo absoluto a las Instituciones de Fianzas, el otorgamiento de fianzas de crédito en base a los siguientes considerandos:

Que la experiencia enseña que el otorgamiento de - - fianzas de crédito puede prestarse fácilmente a maquinaciones que lesionen de manera irremediable la - estabilidad económica de las instituciones de fianzas".

"Que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas actualmente en vigor, está inspirada en el criterio de considerar a la fianza de crédito como especialmente peligrosa y, además, deja a esta Secretaría (de Hacienda), la facultad discrecional para calificar qué tipo de fianzas entrañan riesgos particularmente graves".(23)

El 26 de diciembre de 1953 se publica un Decreto que reforma y adiciona la Ley Federal de Instituciones de Fianzas - en el cual entre otras cosas, se establece un procedimiento - de cobro más expédito, en el que las entidades publicadas tienen a su favor la presunción de procedencia del requerimiento que hagan contra las empresas fiadoras.

El reglamento del artículo 95 de la Ley de Instituciones de Fianzas, en el cual se establece el procedimiento a seguir para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, - se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de - - agosto de 1954 y sigue vigente hasta nuestros días.

El 29 de diciembre de 1956, se publicó un Decreto en el cual se obliga a invertir a las afianzadoras un 5% de su capital y reservas en bonos para habitación popular emitidos por Instituciones Nacionales de Crédito, y otro 5% deberán invertirlo por sí mismas en la construcción de habitaciones populares.

23. Diario Oficial del 6 de diciembre de 1951.

Posteriormente (12 de noviembre de 1957), se publica el reglamento que establece las bases para calcular el límite de las responsabilidades que asuman las Instituciones de Fianzas mediante el otorgamiento de fianzas.

En 1963, mediante Decreto del 27 de diciembre, se volvió a reformar la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en el cual se permitió la creación de organizaciones auxiliares de fianza, cuando las compañías se organicen en consorcios, entre otras reformas más.

SEGUNDA. Que comprende de 1968 a 1981 donde se les da el carácter a las compañías de fianzas de organizaciones auxiliares de crédito y su inspección y vigilancia quedó confiada a su Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

TERCERA. De 1981 a 1985 se reestructura completamente la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que aún cuando formalmente es la misma Ley, de hecho es una nueva Ley. En estas reformas se conserva el carácter de las afianzadoras como Organizaciones Auxiliares pero se les sujeta a un régimen de concesión en lugar de autorización, el cual está acorde con el resto de las Instituciones que integran el Sistema Financiero NO Bancario.

Los principales aspectos de estas reformas y adiciones son:

A) Reformas a la Estructura del Sector Afianzador.

1. Se sustituye el régimen de autorización al que estaban sujetas las compañías de fianzas por el de concesión, como confirmación del carácter de servicio público que se les asigna.
2. Se reconoce en la Ley la figura de las Instituciones Nacionales de Fianzas.
3. Se establece el principio de desarrollo equilibrado del sector, como objetivo importante de la promoción y dirección que el Estado da a la actividad afianzadora.
4. Se redefine y complementan regímenes de revocación de concesiones y sanciones, para procurar mayor eficiencia y seguridad en la realización de las actividades de las Instituciones de Fianzas.

B) Reformas a la Organización de las Instituciones de Fianzas.

1. Se introduce en la Ley la disposición que obliga a solicitar autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la adquisición del control del 10% o más de las acciones representativas del capital social de una Institución de Fianzas o de una o más sociedades que a su vez controlen una o varias Instituciones de Fianzas, mediante una, o varias operaciones de cualquier naturaleza simultánea o sucesiva.
2. Se suprime la posibilidad de que las Instituciones de Fianzas se organicen como sociedades de capital variable.
3. Se establece que el valor de las acciones deberá ser íntegramente cubierto en efectivo en el acto de ser suscritas.

Cabe mencionar que también se reformó la Estructura de Operación, el Régimen de Activo Computable, las Normas de Contabilidad y de Inspección y Vigilancia.

CUARTA. Las Instituciones Afianzadoras dejan nuevamente

de ser organizaciones auxiliares de crédito para asumir un pa pel independiente como de intermediarios financieros no banca rios, dentro del sistema financiero mexicano.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial el día 5 de enero de 1988, se reforma el primer párrafo del artículo - 95, con lo cual se pretende crear un medio más expédito para el cobro de las fianzas expedidas a favor de la Federación -- del Distrito Federal de los Estados y de los Municipios, que garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros.

Esta reforma faculta a las autoridades antes señaladas - para requerir a las afianzadoras en cada una de las regiones en que tenga competencia las salas regionales del Tribunal -- Fiscal de la Federación, motivando con esto, la obligación de las Afianzadoras de designar un apoderado para recibir requere mientos de pago en los mencionados lugares.

Anteriormente a esta reforma, las fianzas para garanti- zar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al igual que - las otras debían de hacerse efectivas a través de requere mien to presentado directamente en la oficina matriz de la afianza dora correspondiente, lo que sin duda alguna burocratizaba -- más el trámite y como consecuencia resultaba más lento.

Otra reforma importante en materia de finanzas, es la -- que se llevó a cabo mediante decreto publicado en el Diario -

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Oficial de fecha 30 de junio de 1988, en el cual además de reformarse se derogan diversas disposiciones del reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales.

Estas reformas y derogaciones fueron consecuencia lógica derivada de la reforma al artículo 95 anteriormente analizado, estableciendo únicamente la forma de hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación que no garanticen obligaciones fiscales, las cuales no varían mucho de las anteriormente contempladas.

QUINTA. El 5 de enero de 1990 nuevamente se reformó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y entre las principales reformas se encuentran las siguientes:

- a) Se flexibiliza y desregulariza al control de las actividades de las afianzadoras sin que dejen de dar cumplimiento a sus obligaciones frente al público usuario.
- b) Se propone y acepta considerar como autorización y no como concesión el acto administrativo al amparo del cual pueden realizar su actividad las Instituciones de Fianzas.
- c) Se permite la participación de inversionistas extranje-

ros en el capital de las instituciones afianzadoras en forma minoritaria a efecto de que se encuentren en condiciones de competir en el mercado exterior.

- d) En el capital de las Instituciones de Fianzas pueden participar otras afianzadoras e Instituciones de Seguros -- del país, hasta los límites que la ley permita.
- e) Se crea la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- f) El margen de operación ya no se fija anualmente sino periódicamente por la S.H. y C.P. suprimiendo su publicación en el Diario Oficial.
- g) Se elimina la aprobación previa de las fianzas que excedan su margen de operación.
- h) Se introduce un nuevo procedimiento para exigir el reclamo de las fianzas expedidas al público usuario.
- i) Se cobrará a los beneficiarios un interés moratorio para resarcir de los daños ocasionados como consecuencia del tiempo que requiera la resolución de los juicios que se ven precisados a promover en contra de las afianzadoras.
- j) Se agiliza el procedimiento para el pago de las fianzas

otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal,
de los Estados y de los Municipios.

CAPITULO II

LA FIANZA EN EL DERECHO CIVIL

- 2.1 Concepto de Fianza**
- 2.2 Elementos**
- 2.3 Efectos Entre las Partes**
 - I. Entre Acreedores y Fiador**
 - II. Entre Fiador y Obligado Principal**
 - III. Entre Cofiadores**
- 2.4 Formas de terminación de la fianza**
- 2.5 Clasificación del contrato de Fianza Civil**

CAPITULO II

LA FIANZA EN EL DERECHO CIVIL

Como ya hemos analizado en el Capítulo que antecede, la fianza es un contrato con naturaleza esencialmente civil, -- considerado desde siempre como una garantía.

En el antiguo Derecho Romano, el deudor respondía del -- cumplimiento de la obligación con su persona, si no cumplía, -- el acreedor tenía derecho a venderlo o hacerlo su esclavo, es decir, las obligaciones tenían como garantía la persona misma del deudor.

Toda vez que el acreedor necesitó asegurar más el pago -- de cantidades que le adeudaban, creó la Fianza Civil, la cual aumentaba la posibilidad de pago, puesto que el acreedor en -- vez de tener un deudor podía tener dos o más, aunque esto no significaba una seguridad completa, ya que los fiados podían llegar también a constituirse en estado de insolvencia, de es to hablaremos más adelante, lo importante, por ahora, es precisar que tipo de garantía es la Fianza Civil.

En nuestro Derecho las garantías pueden ser de dos clases: personales y reales.

Las primeras las otorgan las personas mismas, es decir, -- consiste en un nuevo deudor que se agrega al antiguo quien --

responde con todo su patrimonio unido al del deudor principal.

Estas garantías pueden clasificarse en solidarias y subsidiarias. En las garantías personales solidarias el garante responde frente al acreedor en el mismo plano que el deudor, de tal suerte que puede ser demandado conjunta o separadamente con el deudor y sin que el acreedor tenga que agotar primeramente el patrimonio del deudor para poder hacer efectivo el saldo del crédito contra el garantizador (caso de la fianza de Empresa).

En las garantías personales subsidiarias, el que garantiza responde frente al acreedor únicamente en la medida en que no haya podido satisfacer su crédito con los bienes del deudor principal (la Fianza Civil se puede considerar como una garantía personal subsidiaria).⁽¹⁾

La garantía personal solamente puede existir respecto de una deuda ajena y se hace efectiva cuando se cumple el supuesto de que el deudor no cumpla con la obligación principal contraída.

El tratadista Español Clemente de Diego al referirse a

1. De la Garza, Sergio Francisco: "Derecho Financiero Mexicano", Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, Pág. 587.

lo anterior, menciona "Se llaman contratos accesorios aquellos cuya existencia depende de otros contratos , y se dicen algunos "De Garantía" porque su objeto es de garantizar, esto es, asegurar el cumplimiento de una obligación principal y -- substantiva, bien con la garantía personal o real; la primera da lugar a la fianza; la segunda la prenda, hipoteca y a la anticresis ". (2)

En confirmación a lo expuesto, el primer párrafo del artículo 2797 de nuestro Código Civil establece "La Fianza no puede existir sin una obligación válida", es decir, se le confiere el carácter de asesoría ya sea como contrato o como declaración unilateral de voluntad, cuestión que estudiaremos más adelante, estableciendo, nuestro mismo Código que se trata de un contrato de garantía al indicar en su artículo 2798 "Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras". El carácter accesorio de la fianza debe considerarse como uno de sus principales atributos en virtud del sinnúmero de consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, por ejemplo:

- a) La inexistencia de la obligación principal, originará la inexistencia de la fianza.

2. Clemente de Diego, Felipe: "Instituciones de Derecho Civil Español". Tomo II. Madrid 1959, pág. 345.

- b) La nulidad absoluta de la obligación principal, así mismo motivará la nulidad absoluta de la fianza".⁽³⁾
- c) La fianza no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, si esto sucediere, la obligación del deudor se reducirá al límite de la del deudor, aunque el fiador sí puede obligarse a menos (artículo 1799 del Código Civil vigente).
- d) Otro ejemplo claro que acredita el carácter accesorio de la fianza es el descrito en el artículo 2842 del Código Civil al tratar sobre las formas de extinción de la fianza al establecer "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor..."

Con estos ejemplos considero que queda claro el carácter accesorio de la fianza, como una garantía que tiene por objeto afirmar la situación del acreedor y asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Al respecto Luis Badresh dice:

"En el ámbito jurídico existe la noción de la garantía en el Derecho Privado, que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de alguna obligación, como la prenda, que pone en manos del acreedor una cosa, para que se pague con su precio la cantidad que el

3. Rojina Villegas, Rafael: "Compendio de Derecho Civil -- IV", Décima cuarta edición, Ed. Porrúa, S.A., México, D. F. 1982, pág. 329.

deudor no pagó oportunamente. La hipoteca que afecta un inmueble al cumplimiento de una deuda y el Fideicomiso que con igual finalidad que la hipoteca, pasa la titularidad del inmueble a un tercero encargado de realizar la afectividad del compromiso, existe también en el Derecho Privado la garantía de fianza por la cual un tercero se obliga directamente con un acreedor a pagar por su deudor si éste no lo hace".⁽⁴⁾

Nuestro Derecho Civil sólo reconoce como contratos de garantía a la prenda, hipoteca y fianza.

El manejo y utilización de estas garantías es sin duda alguna una ventaja para el acreedor, quien tiene así la seguridad del cumplimiento de la presentación que está haciendo.

No obstante lo anterior, existen autores que niegan el carácter accesorio de la fianza, más aún niegan la clasificación de los contratos en principales y accesorios.

Al respecto el Lic. Humberto Ruíz Quiróz sostiene que -- "El contrato de fianza no es accesorio de otro contrato ya -- que existen numerosas fianzas que garantizan obligaciones no nacidas de contrato, sino de otra fuente, por lo que obviamente no aparece en esos casos ningún contrato que pueda tener -

4. Badresh, Luis: "Curso Elemental de Garantías Constitucionales", Primera Edición, Editorial Jus, S.A., México, D.F. 1977, pág. 16.

el carácter de principal".

"Si tomamos en cuenta -continúa Ruíz Quiróz- que el artículo 2795 del Código Civil para el D.F. dispone que pueden garantizarse con fianza deudas futuras; en este caso, si el contrato de fianza fuera accesorio, no existiría antes de que naciera la deuda garantizada, lo cual es falso, pues el contrato de fianza existe, desde su celebración y por lo tanto, no puede haber accesoriedad de un contrato existente respecto de una obligación que todavía no existe".

"En estos casos no existe todavía la obligación garantizada, que es futura y que puede no llegar a nacer y sin embargo el contrato de fianza existió y si fue oneroso, la contraprestación a cargo del que contrató con el fiador se hizo exigible y no debe devolverse si ya fue pagada".⁽⁵⁾

El Maestro Cervantes Altamirano establece que ante la hipótesis de otorgar fianza en garantía de deudas futuras sólo se puede reclamar ante el fiador hasta que la deuda es liquidada y exigible.

"Existiendo esta posibilidad nada tiene de raro que las

5. Ruíz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos", Edición Conmemorativa realizada por Fianzas México S.A., México D.F. 1985, pág. 225.

fianzas legales y judiciales se otorguen para garantizar deudas futuras, pues aún en estos casos no se deroga el principio de accesoriidad, en virtud de que las obligaciones contraídas como fiador, sólo se hacen exigibles cuando la obligación futura se realiza y existe un incumplimiento por el deudor principal".⁽⁶⁾

De lo anteriormente esgrimido es fácil precisar el carácter accesorio de la fianza aunque este no siempre depende de la existencia de un contrato principal sino que cabe admitir que la dependencia puede ser frente a una obligación y no necesariamente frente a un contrato, como sucede con la fianza para garantizar una deuda alimenticia o bien en la fianza que debe otorgar un tutor para garantizar los daños y perjuicios que puede causar al pupilo por la mala administración del patrimonio de éste; ante estas circunstancias existe una obligación principal a garantizar, en la primera la entrega de las pensiones correspondientes, en la segunda es la guarda de la persona y bienes del que no está sujeto a patria potestad y la buena administración de éstos.

Por lo anterior, considero que la Fianza Civil si es accesoria ya sea a un contrato principal, ya sea a una obligación.

6. Cervantes Altamirano, Efrén: "Fianza de Empresa", Tesis Profesional UNAM. México, D.F. 1950, pág. 112.

Con el fin de consolidar más este concepto haré mención a algunos autores que confirman el criterio de accesoriedad de la fianza y además citaremos algunos ejemplos.

Así el Maestro Rojina Villegas sostiene que los contratos accesorios dependen de uno principal y siguen la suerte de éste y al hablar sobre la fianza como garantía de deuda futura, comenta que:

"En estos casos existe propiamente una caducidad de la fianza, más que una extinción pues la misma queda supeditada para su existencia a una condición -- suspensiva consistente en que se en que se realice o nazca la obligación futura, de manera que conforme al principio que rige en materia de condiciones suspensivas, entretanto no se cumpla el acontecimiento futuro e inicial, la obligación no nace. - de esta suerte la fianza propiamente no ha enjendra la obligación de responder por otro en caso de - deudas futuras, siendo menester por tanto que estas se realicen, o en otras palabras, que nazcan para - que la fianza exista propiamente".(7)

El Dr. en Derecho Francisco Lozano Noriega, sostiene al referirse a la accesoriedad del contrato de - la Fianza civil: "Es la característica fundamental; todos los de garantía son accesorios... no podemos concebir la existencia de lo accesorio sin que exista lo principal, lo fundamental... nacen pues de -- una obligación preexistente. (8)

Este autor establece también el criterio de la accesoriedad de la fianza no sólo en cuanto a un contrato principal sino también en una obligación preexistente.

Así también el Maestro Cervantes Altamirano expone: "La obligación fiadora -refiriéndose a la obliga-

-
7. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 336.
 8. Lozano Noriega, Francisco: "Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos", editado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., México 1982, pág. 90.

ción accesoria del fiador- presupone la existencia de otra obligación frente a la cual está en la misma relación que liga al satélite con su planeta. Esto es, no sólo existe en cuanto existe el deber del deudor principal y en los límites de dicho deber, sino además, se modela sobre el contenido del mismo, pues a sus limitaciones, modificaciones y vicisitudes está estrechamente vinculada".(9)

Otras consecuencias jurídicas que resultan de la accesoriadad de la fianza son:

La fianza no puede exceder ni en valor ni en cuantía de la obligación principal (artículo 2799 del Código Civil Vigente). En cuanto a la prescripción de la fianza, la interrupción de la misma respecto a la deuda principal, motivará la interrupción en cuanto a la fianza. (artículo 1172 "La interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador").

Es importante mencionar los beneficios de orden y excusión de que se le conceden al fiador civil ya que son una consecuencia de carácter accesorio de la fianza. El artículo -- 2814 del Código Civil establece:

El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, -- sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la exclusión a los bienes.

Aquí el acreedor debe demandar primero al deudor princi-

9. Cervantes Altamirano, Efrén: Op.cit., pág. 122.

pal y ejecutar en sus bienes y en el caso de que éstos no alcanzaren a cubrir el monto de la deuda se podrá actuar en contra del fiador.

Claro es que estos beneficios pueden ser renunciables, - sin embargo esta renuncia no deja sin efectos la naturaleza - accesoria de la obligación fiadora.

Independientemente de que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, nuestro Código Civil en su artículo 2849 como una causa de extinción de la - fianza le concede al fiador, cuando la fianza se hubiese otorgado por tiempo indeterminado y la obligación se vuelva exigible, el derecho de exigir al acreedor que promueve judicialmente el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no lo hace, liberará de su obligación al fiador, o bien si deja de promover por más de tres meses en el juicio entablado, lo que confirma el carácter accesorio de la fianza, ya que el acreedor -en la Fianza Civil- no podrá promover en contra del fiador sin haber agotado los recursos contra el deudor principal y sus bienes.

Por último quisiera mencionar uno de los ejemplos con el que el Lic. Humberto Ruíz Quiróz intenta acreditar que el contrato de fianza no es accesorio. Dice el Maestro Ruíz Quiróz:

"Resalta aún más la no accesoriadad de los contra-

tos de garantía, si pensamos en la fianza que garantiza una deuda fiscal, cuya nulidad demandamos ante un tribunal administrativo".

"En este caso continúa el Maestro Ruíz: conforme a nuestro Código Fiscal de la Federación, la fianza que lo garantice deberá ser otorgada por una empresa autorizada por el Estado, por lo que estamos ante una Fianza Mercantil y no Civil, pero su naturaleza es la misma, salvo las diferencias derivadas del elemento empresa y de la necesaria onerosidad de la que otorgan las Afianzadoras".

"La fianza se otorga, surte efectos entre los contratantes y se obtiene la suspensión del procedimiento económico entablado contra el presunto deudor fiscal".

"La obligación garantizada goza de la presunción de ser legal y por tanto, válida; pero si la persona a quien se le fincó el crédito fiscal, que tiene el carácter de fiado en el ejemplo puesto, obtiene sentencia favorable que declare la nulidad del crédito impugnado, la obligación garantizada será nula y -- sin embargo, el contrato de fianza existió, fue válido surtió efectos entre las partes generó un crédito a favor de la afianzadora y a pesar de que garantizó una obligación declarada absolutamente nula por un tribunal, su eficacia subsistió y sólo terminó su vigencia al desaparecer de la vida jurídica -- la obligación que gozaba de una presunción juristantum de ser legal y válida. Si el contrato de fianza -- concluye el Maestro Ruíz: -- fuera accesorio debería anularse el mismo al declararse nula la obligación principal, y esto no sucede".(10)

En lo personal, difiero de la apreciación del Maestro -- ruíz Quiróz, ya que por regla general la fianza no puede existir sin una obligación válida.

En el ejemplo que se nos pone mientras la obligación no

10. Ruíz Quiróz, Humberto: "El Contrato de Fianza no es Accesorio", Estudio publicado en la revista Mexicana de Fianzas. Ejemplar 15. México, D.F. 1982.

sea decretada nula por la autoridad competente, esa obligación es válida y la fianza es accesoria a ella, esto es legalmente aceptable ya que en el segundo párrafo del artículo 2797 se establece: "...puede (la fianza) no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado" por lo tanto cuando se pronuncie por la autoridad la nulidad, destruido lo principal tiene que ser destruido lo accesorio; la fianza no subsiste, se extingue con la obligación principal. Basta con que haya una expectativa de obligación para que pueda constituirse la fianza. En el ejemplo que estamos analizando existe la obligación por lo que se otorga la fianza, la cual, puede decirse, está sujeta a condición ya que de no declararse la nulidad ejercitada por el obligado principal la misma se hará exigible en caso de que no pague el deudor.

Más aún en las fianzas expedidas para garantizar deudas futuras se presupone una obligación y así lo establece el artículo 2798 "puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea a un conocido..." La obligación existe, lo que se desconoce es la cantidad que ha de cubrirse, por lo tanto la fianza está condicionada a que la deuda sea líquida.

Este artículo no presupone que se pueda o no dar la obligación, sino por el contrario, la intención del legislador fue la de poder garantizar una deuda futura que existe (obli-

gación) lo que resulta que la fianza sea accesoria a la misma, y será exigible, cuando conociendo el deudor principal la cantidad líquida a pagar no lo haga.

Podemos concluir entonces que la fianza presupone siempre la existencia de otra obligación llamada principal, por lo que la accesoriadad de la fianza como una garantía personal es una característica fundamental.

Una vez que ha quedado precisado que la fianza es una garantía accesoria de carácter personal (la única reconocida por nuestro Código) pasemos ahora a analizar su concepto.

2.1 Concepto de Fianza.

En sentido lato Fianza significa aseguramiento de una obligación y en este sentido se comprenden tanto la garantía pignoratícia como la hipotecaria y la personal. En Stricto Sensus la palabra Fianza se restringe a la garantía personal y significa la garantía que se presta asumiendo un tercero el empeño de cumplir la obligación cuando el deudor no lo haga. (11)

Nuestro Código Civil ha definido a la fianza como "un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace".

11. De la Garza, Sergio Francisco: Op.cit., pág. 583.

La primera cuestión a analizar y que ha sido materia de diversas opiniones encontradas es la de si la Fianza Civil surge siempre de un contrato.

Al respecto, el Maestro Rojina Villegas considera que la fianza sí es un contrato aunque discierne un poco ante la definición del Código Civil y menciona:

"Es necesario completar esta definición (la del Código Civil) indicando el carácter accesorio del Contrato de Fianza y precisar qué es lo que se obliga a pagar el fiador en el caso de incumplimiento del deudor", y propone la siguiente definición: "La Fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior en igual o distinta especie, si éste no lo hace".(12)

Podemos decir que las aseveraciones que aumenta el citado autor están contempladas en los diversos artículos que forman el capítulo correspondiente de nuestro Código Civil, lo importante por ahora es precisar la fuente de la fianza.

Al igual que Rojina Villegas la mayoría de los autores consideran a la fianza como "el contrato por virtud del cual una persona llamada Fiador se obliga ante el acreedor a satisfacer la obligación del deudor si éste no lo hace".

12. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 328.

Dicho contrato se perfecciona con la concurrencia de dos voluntades, la del Fiador que la manifiesta comprometiéndose a cumplir en defecto del deudor principal y la del acreedor - que admite o rechaza la garantía.

En este caso la voluntad del deudor poco importa para la existencia del acto, pues aún en contra de su voluntad puede pactarse la caución. Al respecto el Tratadista R.M. Salvat, menciona:

"Lo que constituye la naturaleza esencial de la fianza es que una persona se haya obligado accesoriamente por una -- tercera... el acreedor de ese tercero acepta su obligación ac cesoria, o sea que es necesario el concurso de la voluntad -- del fiador y del acreedor de la obligación afianzada".⁽¹⁵⁾

Este pensamiento deja sin lugar a dudas ver que la fianza es un contrato, ya que concurren las voluntades del fiador y del acreedor para su celebración.

A su vez este contrato tiene un objeto que consiste en - crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor, si éste no lo hace.

15. Salvat R.M. "Tratado de Derecho Civil Argentino", Tomo VI, Editorial "La Ley" Buenos Aires Argentina, Pág. 273.

Esto podría servir de base para aceptar la tesis de -- quienes piensan que la fianza surge siempre de contrato. Sin embargo, no todos los autores comparten este punto de vista, sino que algunos consideran que ella puede provenir de la ley, situación completamente válida y contemplada en nuestra legislación, o bien de una resolución judicial, cuestión también válida, por lo que entonces afirman que es evidente que su -- origen no es contractual.

A fin de poder obtener un juicio concreto sobre la fuente de la fianza civil mencionemos cuantos tipos de ésta reconoce nuestra legislación.

El artículo 2795 del Código Civil reconoce tres tipos de Fianza; La Legal, Judicial y La Convencional.

a) La fianza es Legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la ley; ésta establece infinidad de casos en los que obliga a una persona a dar fiador: un Tutor, por ejemplo, que va a entrar a la administración de los bienes -- del pupilo debe otorgar fianza para asegurar su manejo.

b) Fianza Judicial: se define como aquella que el Juez o un Tribunal condenan a otorgar.

Este tipo de fianza se confunde con la Legal por lo siguiente; un Juez no puede condenar a una persona a dar Fia--

dor si esa obligación no existe en la Ley, así pues toda Fianza Judicial es Legal, pero no toda fianza legal es Judicial.

Para efectos de nuestro estudio entenderemos a la fianza Judicial como la que se constituye por la intervención o mandato de un Juez.

c) Fianza Convencional: Es el Contrato de Fianza liso y llano. Para continuar con la interrogante sobre si la Fianza surge siempre de Contrato o no, a continuación haremos algunos planteamientos de diversos autores que se encuentran en pro y otros que se encuentran en contra para finalizar con nuestro punto de vista.

El Dr. Francisco Lozano Noriega dice:

"La obligación fundamental del Contrato de Fianza es que el Fiador cumpla por el deudor si éste no lo hace". (14)

A su vez, Pescio agrega:

"La Fianza es siempre un contrato celebrado entre el Fiador y el Acreedor, aún cuando como pudiera desprenderse a primera vista, no fuera así en los casos de Fianza Legal o Judicial". (15)

-
14. Lozano Noriega, Francisco: Op.cit., pág. 90.
 15. Somarriva Undarraga, Manuel: "Tratado de las Causiones". Santiago de Chile, Cita que hace el Lic. Cervantes Altamirano en la obra ya citada, en el pié de página núm.89.

El tratadista R.M. Salvat menciona: "No debemos confundir el carácter de unilateral que presenta la Fianza en cuanto a su naturaleza contractual, con la característica de ser un acto jurídico bilateral, en cuanto que para su perfeccionamiento se requiere la manifestación de voluntad del acreedor y del fiador, ya que constituyen un contrato entre ellos"(16)

Como podemos apreciar es evidente que la obligación del que fia en la llamada Fianza Convencional, surge del contrato que celebran para esos efectos, Fiador y Acreedor.

Para que surta efecto la obligación asumida por el fiador, necesita forzosamente ser aceptada por el acreedor ya que la simple proposición del fiador no constituye en sí un contrato sino sólo una propuesta de fianza ya que el vínculo jurídico no ha surgido todavía, y faltando éste, la oferta puede ser retirada por quien la hace.

Lo anterior, a decir de algunos autores, no sucede con las fianzas Legal y Judicial; tal es el caso del Maestro Rojina Villegas que nos dice: "el consentimiento en la fianza debe manifestarse expresamente, no siendo válido el que se otorga de manera tácita, es decir, por medio de hechos o actos que hagan suponerlo".

"Aún cuando la fianza se caracteriza como contrato en el caso de la fianza Judicial... dicho acto tiene el carácter de unilateral, es decir no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre acreedor y fiador, o consentimiento; --

más aún, ni siquiera se exige la intervención del acreedor, o se le da posibilidad legal para intervenir". (17)

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en la Fianza Convencional la fuente de la obligación es un -- contrato que se celebra entre acreedor y fiador, sin importar la voluntad del deudor, así lo expresa el artículo 2796 del -- Código Civil al establecer "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 ga-- rantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga". Co-- mos se aprecia, es completamente irrelevante el consentimiento del deudor para dar nacimiento a la obligación del fiador.

La cuestión a plantear ahora es si las Fianzas Legal y -- Judicial tienen también su fuente en el Contrato.

El autor Sumarriva Undurraga citado por el Maestro Cer-- vantes Altamirano, expresa:

"La clasificación de la Fianza es convencional, Legal y Judicial se hace atendiendo al origen de la obligación de -- constituirla.

16. Salvat R.M. Op. Cit. Pág. 274

17. Rojina Villegas, Rafael: OP. Cit. Pág. 331

Tal origen puede ser la convención de las partes, la voluntad del Legislador o un Decreto Judicial, ella es siempre un contrato. Jossierand -continua el autor citado- manifiesta muy bien esta idea en los siguientes términos: "Se distinguen las Fianzas Legales, Convencionales y Judiciales. Esta división tripartita no se refiere de ninguna manera al origen de la obliación del fiador, origen que es invariablemente convencional, sino al origen de la obligación que incumbe al deudor principal de rendir fianza. Quizá podría creerse que en algunos casos, las fianzas Legales y Judiciales no tiene el carácter de contrato porque en su constitución sólo aparece a primera vista la voluntad del fiador. Pero no debemos olvidar que no es necesario que el consentimiento del acreedor se manifieste expresamente, pues él puede exteriorizarse en forma tásita y aún más, se mira como suficiente manifestación el hecho de que el acreedor persiga del fiador el cumplimiento de la obligación. De manera que la voluntad del acreedor debemos buscarla en estos casos con los actos de éste que signifique una aceptación tásita de la fianza". (18)

Considero que el origen de la fianza efectivamente se base en la obligación de constituirla, siendo por una parte el acuerdo de voluntades, y por la otra la voluntad del Legislador o un mandato judicial, pero recordemos que uno de los ele

18. Cervantes Altamirano, Efrén: Op.cit., pág. 98.

mentos esenciales para que pueda existir un contrato es el consentimiento, es decir, el acuerdo de voluntades que en el caso de la fianza tiene que ser del acreedor y del fiador, -- presindiendo de la voluntad del deudor principal, ya que esta última no es de importancia para que el contrato exista, como ha quedado precisado en páginas anteriores.

El artículo 1803 de nuestro Código Civil vigente, establece que el consentimiento puede ser expreso o tácito.

En cuanto al consentimiento expreso no existe ningún problema, ya que el mismo se puede manifestar en forma verbal, - por escrito o por signos inequívocos, sin embargo el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

Analizando de una manera humilde y respetuosa la opinión citada por Somarriva Undarraga, considero que la aceptación tácita que pretende darle a las Fianzas Judiciales con el fin de precisar el origen contractual de las mismas no es adecuado.

Tratándose de Fianzas Judiciales, es el Tribunal o Juez quien determina su cuantía y el que acepta al fiador que reúna los requisitos de solvencia exigidos por la Ley, realizando todo esto aún contra la voluntad del acreedor, ya que pensar que el órgano jurisdiccional es el representante del acrec

dor, y en consecuencia pudiera expresar la voluntad de éste es equivoco ya que los actos de la autoridad sólo están determinados por una norma jurídica, en cumplimiento de la cual, se ve en la forzosa necesidad de exigir la fianza y consecuentemente, en su momento, admitir al fiador cuando éste cumpla con los requisitos de proveído judicial.

Lo anterior demuestra que las fianzas judiciales tienen su fuente en una declaración unilateral de voluntad del fiador para constituirse como tal ante el tribunal, generando las obligaciones inherentes a su garantía una vez que haya cubierto los requisitos exigidos por la autoridad.

Al respecto el Maestro Rojina Villegas menciona "Aún - - cuando la fianza se caracteriza como contrato, en los casos de fianza judicial... dicho acto tiene el carácter de unilateral, es decir, no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre acreedor y fiador, o consentimiento. Más - - aún, ni siquiera exige la intervención del acreedor, o se le da posibilidad legal de intervenir". (19)

La persecución que pudiera hacer el acreedor en contra del fiador con el fin de obtener el cumplimiento de su obligación, no creo que pueda considerarse como una aceptación tácita del primero. Sobre el particular, el artículo 1805 de - -

19. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 331.

nuestro Código Civil vigente, establece que cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para -- aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la acepta ción no se hace inmediatamente, es decir, el consentimiento - de las partes que intervienen en un contrato siempre debe ser manifestado (expresa o tácitamente) casi inmediatamente des-- pués de su proposición. Al respecto Juan Palomar de Miguel - en su Diccionario para Juristas, establece al definir el con-- sentimiento: "conformidad de voluntades entre los contratan-- tes, o sea entre la oferta y su aceptación, principal requisito de un contrato".⁽²⁰⁾ Huelga decir, que el consentimiento junto con el objeto son los dos principales requisitos que -- contempla nuestra legislación para la existencia de un contra to. En el ejemplo que estamos analizando, en ningún momento, después de la oferta del fiador para constituirse como tal en una fianza decretada por una autoridad o tribunal, se tiene - como manifestado el consentimiento del acreedor vervigracia - no puede existir una fuente contractual en tal relación.

Ahondando más sobre lo anterior, analicemos el contenido del artículo 1807 del Código Civil "El contrato se forma en - el momento en que el proponente reciba la aceptación...". En el caso en cuestión, el fiador nunca recibe la aceptación del

20. Palomar de Miguel, Juan: "Diccionario para Juristas", - Editorial Mayo, Primera Edición, México D.F. 1981, pág. 305.

acreditor, es más, la autoridad al admitir a la persona que cumple los requisitos impuestos, no cuestiona al acreedor su consentimiento, más aún, éste último no puede oponerse; puede no obstante una vez que el deudor principal fue condenado y no haya cumplido con su obligación, exigir al fiador el cumplimiento de la obligación que contrajo, pero esto no significa su aceptación sino que resulta una consecuencia lógica de la obligación que como una declaración unilateral de voluntad expresó el fiador ante la autoridad.

En conclusión podemos resumir que las Fianzas Judiciales no tienen su fuente en el contrato, ya que una de las partes está imposibilitada para manifestar su consentimiento, aún en el caso de estar conforme, ya que para que exista este consentimiento no basta el acuerdo de voluntades sino que debe existir la posibilidad, tal y como lo contempla nuestro Código Civil, de que ese acuerdo se conozca.

Si a lo mencionado le agregamos que el órgano jurisdiccional debe apegarse a las disposiciones y normas que la Ley establece (en este caso acepta al fiador si cumple con los requisitos ordenados) tendremos que concluir que las obligaciones del fiador nacen sin necesidad de que haya acuerdo de voluntades entre éste y el futuro acreedor, por lo tanto la fuente por la cual resulta obligado es su declaración unilateral de voluntad.

Ahora bien, ya dijimos que en las fianzas judiciales no existe contrato, sino una declaración unilateral de voluntad del fiador, la cual no puede considerarse como una estipulación a favor de tercero como algunos autores han pretendido fundar el origen o fuente de la fianza. Por los siguientes motivos; considero que aunque la figura de la estipulación a favor de tercero se encuentra dentro del Capítulo II del Título Primero del Libro Cuarto, que habla sobre la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, no es un acto en sí meramente personal, sino por el contrario, es un acto contractual entre promitente y estipulante a favor de un tercero y el derecho de este último nace en el momento de perfeccionarse el contrato.

Al respecto el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, asegura: "La estipulación a favor del tercero es una cláusula en virtud de la cual, en un contrato, una parte declara que la otra parte promete realizar determinada prestación a favor de otro".⁽²¹⁾ Asimismo el artículo 1868 de nuestro Código Civil establece: "En los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de terceros...", por lo tanto las obligaciones derivadas de contrato con estipulación a favor de tercero son de origen contractual, por la simple y sencilla razón de que derivan directamente de un contrato.

21. Gutiérrez y González, Ernesto: "Derecho de las Obligaciones", Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A., México Puebla, Pue. 1986, pág. 405.

La figura de la estipulación a favor de terceros sólo -- puede darse en los contratos, ya que en estos casos cuando -- una persona contrata con otra, puede obtener que ésta se obli- gue en favor de un tercero.

Sobre este punto el Maestro Luis Ruíz Rueda asegura: "La promesa del promitente está hecha al estipulante y no al ter- cero y por lo tanto, basta la aceptación de dicho estipulante para que nazca la obligación del promitente hacia el terce- ro". (22)

Como se ha podido observar, en la estipulación a favor - de tercero, intervienen siempre dos partes que expresan su vo- luntad y consentimiento: al que promete y al que acepta la -- promesa, el cual a su vez, también se puede obligar a cumplir cierta condición.

Sobre el particular la Suprema Corte de Justicia ha mani- festado lo siguiente: "La estipulación a favor de tercero no constituye una fuente de obligaciones distinta del contrato.. En doctrina se le llama muchas veces contrato a favor de ter- cero en vez de estipulación a favor de tercero, expresiones - que, por lo demás, son perfectamente equivalentes". (23)

22. Ruíz Rueda, Luis: Op.Cit., pág. 60

23. Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia en el Amparo en Revisión 5013/56 promovido por Compañía de Fianzas Mé- xico, S.A.

En el caso que nos ocupa es simplemente la manifestación de voluntad del fiador que cumpla los requisitos exigidos por la autoridad o ley, la que hace nacer su obligación fiadora.

2.2 Elementos.

Existen dos criterios para clasificar los elementos de un contrato; por una parte se habla de elementos esenciales o de existencia y de validez y por otra parte, la doctrina clasifica a los elementos del contrato en personales, reales y formales. Para objeto de nuestro estudio comenzaremos a estudiar, aunque sea de una manera breve, los elementos de existencia y validez del contrato de fianza civil para después concluir con la clasificación doctrinaria, la cual nos servirá como base para poder comprender mejor el punto que sigue, que es, "El efecto entre las partes".

Algunos autores concideran como elementos de existencia al consentimiento, al objeto, y en algunos casos, la forma solemene. Para efectos de nuestro estudio y una vez que ha quedado precisado el carácter accesorio de la fianza, agregaremos otro elemento más, que es la existencia de una obligación principal. Es de todos conocido que la ausencia de cualquiera de los elementos de existencia en un contrato, produce la inexistencia de éste, en cambio, la falta de los elementos de validez acarrea la nulidad del mismo, ya sea absoluta, ya sea relativa.

Analizaremos por ahora el consentimiento como primer elemento de existencia; se dice que éste es "el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior". (24)

En el estudio que nos ocupa, el acuerdo de voluntades se forma entre el acreedor y fiador.

Como ya analizamos en la Fianza Civil, no es necesario la manifestación del deudor principal (art. 2796 del Código Civil), surtiendo sus efectos aún en contra del mismo.

El consentimiento puede ser manifestado en forma expresa o en forma tásita; el primero se puede dar en forma verbal, por escrito o por signos inequívocos; el segundo resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

En el caso de la Fianza debe manifestarse expresamente, aún en los casos de Fianza Judicial, la cual a pesar de ser un acto unilateral de voluntad, como ya hemos precisado, necesita el fiador manifestar expresamente al Tribunal o Juez, su voluntad de constituirse como tal, para que se generen las --

24. Gutiérrez y González, Ernesto: Op.cit., pág. 207.

obligaciones innerentes a la garantía judicial.

OBJETO: El objeto ante la diversidad de operaciones contractuales es variable, puesto que cambia con cada contrato.

En nuestro Derecho Positivo Vigente, se entiende que existen dos tipos de Objeto; el Directo y el Indirecto. El Objeto Directo de los contratos es la creación o transmisión de obligaciones y derechos (art. 1793 del Código Civil), mientras que el Objeto Indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, la cual puede ser de tres maneras: de dar, de hacer y de no hacer, (art. 1824 del Código Civil).

En cuanto a la solemnidad del contrato de fianza, la Ley no exige este elemento para darle existencia a la misma.

Existencia de la Obligación Principal: En los contratos accesorios de garantía, como su nombre lo dice, siempre presuponen la existencia de una obligación principal; al respecto, el Maestro Rojina Villegas establece, refiriéndose a la Obligación Principal:

"Si ésta no llega a existir o no tiene a su vez sus elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco puede tener vida jurídica. La Fianza por consiguiente, será inexistente, si lo es la obligación principal".(25)

25. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 332.

En efecto, como quedó precisado en páginas anteriores, - la fianza necesita una obligación previa para existir, aunque ésta sea futura, así lo exige el art. 1797 del Código Civil - en su primer párrafo, que a la letra dice: "La Fianza no puede existir sin una obligación válida".

Una vez que han quedado asentados los elementos existentiales de la fianza, pasemos ahora a analizar los elementos de validez. El art. 1795 del Código Civil vigente, establece los requisitos que han de reunir los contratos a fin de que éstos sean válidos, aunque lo hace en sentido contrario a la forma en que me estoy expresando. Textualmente establece:

"El contrato puede ser invalidado:

- I Por incapacidad de las partes o de una de ellas.
- II Por vicios del consentimiento.
- III Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito.
- IV Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Considero que la forma negativa en que fue planteado este artículo no va acorde a los lineamientos del mismo, sin embargo, eso no es materia de nuestro estudio, nosotros analizaremos cada uno de estos elementos en la mejor forma conveniente para su comprensión.

Referente a la capacidad, comenzaremos por definirla. Se dice que es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes y hacerlos valer.

La capacidad puede ser de dos tipos: La de Goce y la de Ejercicio.

La primera de ellas es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes; y la segunda es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan y para asumir deberes jurídicos;⁽²⁶⁾ por ejemplo la mayoría de edad. En cuanto al Contrato de Fianza Civil, solamente se exige al fiador la general para obligarse, es decir, que no se encuentre dentro de las personas exceptuadas por la Ley.

Actualmente nuestro Código no contempla ninguna excepción para que cualquier persona pueda ser fiador, así lo establece 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 garantizada..."

Cabe hacer mención que nuestra Legislación exige autorización judicial para que el cónyuge pueda ser fiador de su consorte, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste;

26. Gutiérrez y González, Ernesto: Op.cit., pág. 328.

lo anterior no lo considero como una incapacidad para poder contratar, sino una disposición protectora a los intereses de la familia, ya que al no verse afectados éstos (cónyuges) no tiene porque negarse esa autorización y cualquiera de los dos se encuentran en plena capacidad para fungir como fiador del otro.

El Código Civil de 1870, no obstante de concederle capacidad de fiadores a todas las personas que pudiesen contratar, impuso algunas limitaciones a las mujeres, las cuales ya fueron analizadas en el capítulo que precede, sin embargo y con el fin de recordarlas neuvamente las mencionaremos:

Artículo 1817

"Las mujeres sólo pueden ser fiadoras en los casos siguientes:

- Cuando fueren comerciantes.
- Si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor.
- Si hubiesen recibido del deudor la cosa o cantidad sobre la que recae la fianza.
- Si se obligaron por cosa que les pertenece o en favor de sus ascendientes, descendientes o su cónyuge.

En la actualidad y gracias a la justicia tanto social como legal, la mujer puede contratar sin ninguna limitación.

Las personas que ejercen la Patria Potestad, están impedidos para dar fianza en representación de los hijos, así, lo dispone la parte final del artículo 436 del Código Civil vigente.

En igual circunstancia se encuentran los tutores en relación con sus pupilos.

Pues bien, estas son las incapacidades que contempla --- nuestra Legislación para poder ser fiador, aunque es importante establecer que otra incapacidad podría ser la de no tener bienes suficientes para responder de la obligación garantizada, pero esto, más que un impedimento, resulta un requisito.

Pasemos ahora al siguiente requisito que es la ausencia de vicios de la voluntad.

Los contratos para ser válidos deben estar exentos de vicios tales como el error, la violencia, dolo, mala fé o lesión, y la fianza no es la excepción.

Todos sabemos el significado de los primeros cuatro conceptos, los cuales se encuentran claramente delimitados en el capítulo correspondiente del título referente a las fuentes -

de las obligaciones, sin embargo el último de los mencionados no es contemplado por nuestro Código como un vicio de la voluntad. A decir del Maestro Ernesto Gutiérrez y González: "La lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria - en un contrato conmutativo, pero -añade el Maestro Gutiérrez- ese vicio de la voluntad de una de las partes debe producir - el efecto de que la otra parte obtenga un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado". (27)

En cuanto a la fianza civil constitucional y toda vez -- que el contrato se perfecciona entre fiador y acreedor, la lesión no crea ningún perjuicio al Deudor Principal, ya que la fianza otorgada no se puede hacer efectiva si no hay incumplimiento de la obligación principal y sin ser antes requerido - el deudor, el cual puede hacer valer todas las excepciones -- que considere pertinentes para su defensa, y mientras esto su cede, el fiador no puede ser requerido. sin embargo, si en - un contrato principal garantizado con fianza existe lesión -- puede el fiador oponer la excepción respectiva cuando el deudor ha cumplido su obligación.

El artículo 2812 del Código Civil es muy claro al establecer: "El Fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las

27. Idem. Pág. 331

que le sean personales al deudor"; y en el caso se estaría ante una excepción personalísima del deudor; así lo dice el artículo 2230; "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado con la lesión o es el incapaz". En un concepto muy personal considero que el fiador podría intentar hacer valer la nulidad, toda vez que se perjudicó con la lesión. Sobre el particular el Maestro Rojina Villegas dice que el fiador no puede considerarse como víctima de la lesión, por lo que la única forma que tiene de evitar el pago es llamando al deudor a juicio para que oponga la excepción de nulidad relativa.⁽²⁸⁾ En fin, hasta ahí dejaremos plasmada esta interrogante ya que de entrar en materia nos alejaríamos del objetivo de nuestro trabajo.

Continuando con los requisitos de validez, hablaremos ahora de la forma, la cual llevada al campo del contrato puede clasificarse en: Consensual y Formal.

El Contrato Consensual es el que se perfecciona por el sólo acuerdo de voluntades, ya sea verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, etc., es decir, que no necesita forma alguna prevista por la Ley.

28. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 334.

En el Contrato Formal, la voluntad de las partes se externa en la forma prevista por la Ley, so pena de nulidad del acto.

En el caso de la Fianza Civil, se trata de un contrato puramente consensual ya que la Ley no exige una forma determinada para que el mismo se lleve a cabo.

Por último, y en la primera clasificación que hicimos de los elementos del contrato, hablaremos de la ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato de fianza, para inmediatamente después analizar los elementos personales.

Nuestro Código contempla la posibilidad de que la fianza recaiga sobre un contrato que puede ser ilícito en su objeto, motivo o fin y por lo tanto su nulidad puede ser reclamada -- por el obligado, por consiguiente la nulidad que afecte a dicho contrato, pasará también a la garantía.

No quiero decir con esto que se puedan garantizar obligaciones ilícitas, sino que en contrato que pueda ser invalidado porque su fin no fue del todo lícito, trae como consecuencia la invalidación de la fianza.

La obligación principal puede ser lícita y la fianza tener carácter de ilícito, así lo asevera el Maestro Rojina Villegas y pone como ejemplo, cuando el fiador se obliga a pa-

gar por el deudor una prestación que aunque sea de menor valor que la principal su objeto motivo o fin sean ilícitos; -- tal sería el caso en el cual el fiador se obligará a transmitir el dominio de una cosa cuya enajenación esté prohibida, - en el caso del que el deudor no cumpliera su prestación. Esta ilicitud -continúa el Maestro Rojina origina una excepción que sólo podrá oponer el fiador. (29)

Pasando a otro punto, analizaremos los elementos personales del contrato de Fianza Civil, el cual como ya se ha visto, otorga una mayor seguridad al acreedor sobre la satisfacción del crédito, ya que en lugar de tener un sólo deudor tiene dos o más.

De la interpretación del artículo 2794 del Código Civil, es fácil concluir que los elementos personales, o sea las partes que celebran un contrato de fianza consensual son el - - Acreedor y el Fiador.

Este contrato queda perfeccionado en el momento en que - el Acreedor da a conocer al Fiador su aceptación de la oferta, en esta virtud el consentimiento del deudor principal no es - importante, aunque puede tomarse en consideración para el - - otorgamiento de la fianza.

29. Idem. pág. 335

El deudor principal no desarrolla en el contrato en sí ninguna conducta, sin embargo la Ley le impone algunas obligaciones para con el contrato de fianza, aún cuando no inter venga en él, así pues los artículos 2804 y 2805 presuponen que cuando el fiador cayere en un estado de insolvencia, el acreedor puede exigir al deudor otro que reúna las cualidades exigidas por la Ley (capacidad y bienes suficientes para garantizar la deuda), so pena de que no hacerlo dentro del término que el Jue: señale, quedará obligado al pago inmediato de la deuda, aunque pesta no se haya hecho exigible.

Como podemos observar, aunque el deudor principal esté al margen del contrato de Fianza Civil, no se desconecta totalmente de éste, ya que además de lo anterior, debe estar atento de la conducta del fiador, ya que ésta, como veremos más adelante, produce diversos efectos.

Una vez aclarado que los elementos personales de la Fianza Civil son el Fiador y el Acreedor, éstos sólo necesitan la capacidad general para contratar prevista en el artículo 1798 del Código Civil, sin embargo, el Fiador debe reunir otro requisito exigido por el artículo 2802 que es el de tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Cabe recordar la excepción impuesta a los consortes para otorgar fianza entre ellos, la cual necesita autorización judicial, excepto para garantizar la libertad del otro,-

así como las ya mencionadas para los tutores o los que ejercen la Patria Potestad, ni los representantes a nombre de sus representados.

Concluyendo, la fianza supone la existencia de una relación jurídica entre acreedor y fiador, el primero es el que tiene el derecho de aprovecharse de esa obligación accesoria y por su parte el fiador solo se obliga ante el acreedor, de modo que el deudor principal no forma parte de este contrato, que como veremos más adelante es unilateral en cuanto sólo crea obligaciones para una de las partes.

Pasemos ahora a analizar el elemento real de la fianza, el cual a decir del Lic. Ramón Concha Malo, es el objeto de la obligación asumida en un contrato, en el caso de la fianza, la obligación fiadora, y como ésta nace para garantizar una obligación entre un deudor y un acreedor, a dicha obligación se le considera como el elemento real de la fianza.⁽³⁰⁾

Dado el carácter accesorio de la fianza, hemos mencionado que forzosamente necesita de una obligación válida principal y es a ésta a la que se le conoce como elemento real, si esta obligación principal fuere inexistencia de la fianza tam

30. Concha Malo, Ramón: "Fianza Civil, Mercantil y de Empresa, Expropiación sistemática". Tesis Escuela Libre de Derecho, México, D.F., pág. 92.

poco podría existir y si la misma fuera anulable, la subsistencia de la fianza quedaría supeditada de que aquellas sea declarada o no nula, ya que el fiador no podría hacer valer esas excepciones por ser puramente personales del deudor, excepto como ya mencionó, cuando exista lesión.

En la fianza civil el fiador no puede obligarse a más -- que el deudor principal, puede sin embargo obligarse a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado, pero siempre en relación con la siguiente obligación principal; es decir, la obligación fiada ra no puede tener por objeto un hacer, si la deuda principal tiene por objeto un dar, aunque lo contrario si está permitido, o sea, que la obligación principal sea un hacer y la fiadora un dar.

Por último, analizaremos los elementos formales de la -- fianza, los cuales podemos decir que no hay, toda vez que si no existe disposición jurídica que establezca alguna formalidad para el contrato de fianza, éste debe considerarse como consensual y así lo establece el artículo 1832 del Código Civil "En los Contratos Civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley".

2.3 Efectos Entre las Partes.

- A) Entre acreedor y fiador
- B) Entre fiador y obligado principal
- C) Entre cofiadores.

Vamos ahora a estudiar los efectos que produce el contrato de fianza conforme y al orden que se sigue en nuestro Código Civil, primero entre el que otorga la fianza y el acreedor que, como ya analizamos, son los elementos personales principales del contrato; después analizaremos los efectos que produce la fianza entre fiador y deudor, aunque éste último no forme parte en el contrato y por último estudiaremos los efectos o las relaciones que existen cuando hay pluralidad de fiadores.

A) Efectos entre Acreedor y Fiador:

Estos dos elementos personales de la fianza civil son, como ya mencionamos, las únicas partes en el contrato, el cual tiene como objeto directo que el fiador pague en caso de que el deudor principal no lo haga.

De lo anterior se desprende que para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito necesita primeramente requerir al deudor principal para que en caso de que éste no cumplierse

entonces sí requerir al deudor principal.⁽³¹⁾ Al ser requerido el fiador por el incumplimiento de deudor, puede el primero oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal y aún a la fianza en sí como acto jurídico independiente, sin embargo la Ley no le permite oponer aquellas -- que sean personales del deudor, es decir, el fiador le puede -- oponer al acreedor todas las excepciones personales y propias que tenga contra él o contra la obligación principal, por ejemplo: falta de cumplimiento de la condición a que se encuentra sujeta la obligación principal o bien por no haberse cumplido el término al cual estaba sujeta dicha obligación principal.

Existen pues, dos formas de excepciones que puede oponer el fiador a acreedor al ser éste requerido, las excepciones -- inherentes a la obligación principal y las excepciones inherentes a la fianza en sí. Al respecto el Maestro Rojina Villegas establece que deben distinguirse las causas que extinguen la -- fianza por vía de consecuencia (excepciones oponibles a la -- obligación principal) debido a la extinción de la obligación -- principal, de las causas que extinguen la fianza en forma directa, quedando subsistente la obligación principal, y que -- constituyen excepciones que exclusivamente puede hacer valer -- el fiador.⁽³²⁾

-
31. No desconozco la posibilidad jurídica que existe para que el fiador renuncie al beneficio de orden, es decir, que el acreedor le pueda requerir sin necesidad de reconvenir al deudor principal o incluso, al mismo tiempo.
32. Rojina Villegas Rafael, Op. Cit. Pág. 337

De acuerdo a lo anterior, el fiador podrá entonces oponer como excepciones a la obligación principal (por vía de consecuencia) las siguientes: **Compensación:** Cuando el acreedor no ha visto satisfecho su crédito por el deudor a pesar de haberlo requerido en forma, puede entonces ir en contra del fiador, el cual puede oponer como excepción la compensación en caso de existir un adeudo del acreedor hacia el deudor, así lo dispone el artículo 2199 del Código Civil que a la letra dice "El fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador", esta excepción no es personal del deudor principal, motivo por el cual y conforme al artículo 2812 que ya analizamos, la puede hacer valer el fiador, sin embargo y como se puede observar en la parte final del artículo transcrito, el deudor no puede hacer valer la compensación que pudiere existir por algún adeudo que tuviere el acreedor con el fiador, por ser una excepción puramente personal de este último.

Confusión: Puede darse el caso de que en una sola persona se reúnan las cualidades de acreedor y deudor principal, en este caso la obligación se extingue al igual que la fianza por vía de consecuencia, tal como se señala en el artículo 2206: "La obligación se extingue por confusión, cuando las cualidades del acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa". En este caso (confusión) la obligación queda extinguida, por lo cual el

fiador puede hacerla valer aún en el caso en que el deudor hubiese sido omiso para oponerla como un medio de defensa, sin embargo si se llegase a aclarar la confusión, el fiador estaría obligado a seguir garantizando la obligación, toda vez -- que al renacer la principal, la fianza también renace.

Novación: Nuestro Código Civil la define como la alteración substancial que hacen las partes de un contrato substituyendo una obligación nueva a la antigua.

En el caso que nos ocupa, el fiador se compromete a cumplir ante el acreedor en caso de que el deudor no cumpla con la obligación válida y previamente establecida, al existir novación se presupone la extinción de la obligación principal y en consecuencia la de la fianza, motivo por el cual al novarse la obligación principal, es necesario constituir una fianza diversa que garantice la nueva obligación, puede ser el mismo fiador, pero éste debe de externar nuevamente su voluntad, y en el caso de no ser así, poder oponer esta excepción. Lo anterior lo contempla nuestro Código Civil al establecer en la parte final del artículo 2221 al referirse a la obligación extinguida "tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento de fiador"; además la novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias, y aunque el acreedor pueda impedir la extinción de algunas obligaciones accesorias por una reserva expresa, no es el caso de la fianza, pues como ya vimos, debe haber concurrencia de voluntades.

Remisión: El perdón que hiciera el acreedor de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias, de tal forma que aunque el deudor principal se negare a recibir este beneficio, el fiador lo puede hacer valer como excepción conforme al artículo 2813 del Código civil, aún en contra de la voluntad del deudor, ya que la remisión es un acto jurídico unilateral que no requiere del consentimiento del deudor.

Prescripción: Aunque el deudor hubiere renunciado voluntariamente a la prescripción de la deuda, el fiador la puede oponer como excepción al momento de ser requerido, así lo establece el artículo 2813 del Código Civil.

Rescisión: La rescisión produce la extinción de la obligación principal y en consecuencia la de la fianza, y al igual que la anterior, si el deudor renuncia a ella, el fiador la puede hacer valer. Como podemos observar, la obligación fiadora es distinta de la principal, ya que aunque el deudor principal hubiere renunciado a la prescripción o a cualquier causa de liberación de la deuda, a la nulidad o a la rescisión de su obligación, no es obstáculo para que el fiador pueda hacer valer esas excepciones, ya que no son personales del deudor y sí son inherentes a la obligación principal. Analicemos ahora las excepciones que puede oponer el fiador al acreedor y que son inherentes a la fianza en sí, es decir que extinguen a la misma en forma directa.

La prórroga o espera no consentida por el fiador extingue la fianza, aunque no este caso subsiste la obligación principal (artículo 2846). Cuando el fiador se hubiese obligado por tiempo determinado y el acreedor no hubiese requerido al deudor dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, el fiador quedará libre de su obligación, lo mismo sucederá si el acreedor deja de promover en el juicio entablado contra el deudor por más de tres meses. En ambos casos la obligación principal subsistirá. lo cual nos demuestra que la obligación principal y la fiadora son distintas.

Otra excepción inherente a la fianza, son las que implican la nulidad relativa del contrato accesorio cuando el fiador como parte del contrato sufre algún vicio como incapacidad, error, dolo o violencia. También la nulidad relativa procede en los casos de inobservancia de la forma, cuando la fianza debe constar por escrito.(33)

La declaración judicial de la nulidad del contrato de fianza constituye una excepción independiente de la obligación principal.

En el caso de nulidad absoluta provocada principalmente por la ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato de fianza, constituye una excepción oponible al fiador, sin que

33. Idea Pág. 338

la declaración de esta nulidad afecte la obligación principal, siempre y cuando esta última tenga un objeto lícito.

De igual forma subsiste la obligación principal en caso de confusión, es decir, que en una misma persona se reúnan -- las calidades de acreedor y fiador, en este caso la fianza -- queda extinguida. Lo mismo sucede si se reúnen en la misma -- persona las calidades de deudor y fiador porque uno herede al otro en este caso la fianza se extingue y la obligación principal queda vigente.

También puede extinguirse la fianza cuando el acreedor -- perdona o libera expresamente al fiador, pero en este caso al igual que en los anteriores, la obligación principal queda -- subsistente.

Por último, cabe mencionar el derecho que tiene el fia-- dor de exigir al acreedor que promueva judicialmente en contra del deudor dentro del plazo de un mes a partir de que la deuda principal se ha hecho exigible.

En caso de que el acreedor no ejercite sus derechos dentro del plazo mencionado, liberará al fiador de su obligación siempre y cuando éste se hubiese obligado por tiempo indeterminado (artículo 1349) aunque la obligación principal seguirá subsistente.

Como hemos visto, la obligación del fiador lo es sólo en defecto del cumplimiento del deudor principal, es decir, para que el acreedor pueda exigir al fiador el cumplimiento de su obligación, necesita "forzosamente" demandar al deudor principal toda vez que el fiador es un deudor accesorio, esto se debe a que el fiador goza de diversos beneficios, los cuales -- puede invocar como derechos o prerrogativas en caso de ser requerido de pago.

Analice ahora estos beneficios que la Ley le concede al fiador para hacerlos válidos, en su caso, cuando sea requerido por el acreedor.

Los beneficios que contempla nuestra Ley son tres:

- El de Orden
- El de Excusión y
- El de División

Este último, es aquel que se da cuando existe pluralidad de fiadores. De los dos primeros hablaremos a continuación, para explicar el último cuando hablenos de las relaciones entre cofiadores.

Beneficio de Orden: Significa que el fiador no puede ser demandado hasta que se haya procedido en contra del deudor -- principal y a pesar de ello no se hubiere obtenido el pago to

tal del crédito u obligación garantizada. Al respecto, el artículo 2814 del Código Civil dice "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor...", esto es una consecuencia lógica de la accesoriedad de la fianza, ya que el fiador se obliga con el -- acreedor en caso de que el deudor no cumpla, o sea que es un deudor accesorio que sólo cumple a falta del cumplimiento del deudor principal.

Si el fiador es perseguido mediante procedimiento judicial por el acreedor, puede oponer como excepción el beneficio de orden en el caso de que antes no se hubiese requerido al deudor.

El beneficio de orden puede ser renunciado con independencia del de excusión, sin embargo cuando este supuesto se da, aún existiendo sentencia contra el deudor y fiador, este último conserva el beneficio de excusión, es decir, no podrá ser ejecutado en sus bienes sino hasta después de los del remate del deudor, siempre y cuando no hayan alcanzado a cubrir el crédito y, en su caso, la cantidad a la que los hubiese -- condenado el Juez por gastos, costos, daños o perjuicios. Lo que presupone la existencia de una sentencia ejecutoriada (Artículo 2822 del Código Civil).

En el caso de que el fiador civil hubiere renunciado a -

los beneficios de orden y excusión, cuando sea demandado puede denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea convenientes, o bien le perjudique la sentencia que se dicte contra el fiador.

Beneficio de Excusión: Este beneficio exclusivo del fiador consiste en que el acreedor debe primero tomar los bienes del deudor principal y cobrarse con ellos el monto de la deuda, e hasta donde se alcance a cubrir la misma, par que, en este último caso pueda demandar o requerir al fiador por la cantidad que quede sin cubrir.

Cuando el deudor principal resulta insolvente y no tiene ningún bien en el cual hacer remate o ejecutar la sentencia, el acreedor inmediatamente podrá demandar al fiador el monto total de la obligación.

Sobre el particular el artículo 2815 del Código Civil establece "La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto".

Este beneficio no va implícito en el contrato de fianza, ya que para que el mismo aproveche al fiador, se deben dar ciertos requisitos.

Primeramente para que el fiador pueda hacer valer este

beneficio es necesario que no haya renunciado al mismo, ya -- que si lo hizo no podrá objetarlo como excepción; una vez que el fiador haya sido requerido de pago para el cumplimiento de la obligación principal garantizada, debe inmediatamente allegar el beneficio, designando al mismo tiempo bienes suficientes del deudor que basten para cubrir el monto de la obligación principal, mismos que deberán estar dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago, condición que considero rigorista y poco justa ya que basta que el deudor principal saque sus bienes del distrito judicial donde se obligó a cumplir la deuda, para que el fiador se vea imposibilitado para hacer valer la excusión, situación que puede traer como consecuencia la condena inmediata al pago de la obligación garantizada por parte del fiador, sin embargo, como veremos más adelante, el fiador sí puede cobrarse con los bienes del deudor cuando proceda contra éste, aunque los mismos se encuentren fuera del distrito donde se hizo el pago.

Otro requisito que se le impone al fiador para que pueda hacer valer el beneficio de excusión es, que debe asegurar -- (garantizar) o anticipar los gastos de excusión, situación -- que procesalmente beneficia al acreedor, ya que con esto él no realiza los gastos y más aún ahorra tiempo. Esta situación tampoco la considero muy justa para el fiador, ya que no cumpliendo el deudor principal con su deuda el fiador pagará, pero el hecho que el acreedor "desconozca" bienes del deudor sobre los cuales trabar ejecución, no debería implicar una --

obligación del fiador para hacer excusión de los bienes del deudor, y digo obligación porque así lo dispone el artículo 2819 del Código Civil "El acreedor puede obligar al fiador a que haga la excusión en los bienes del deudor" lo cual implica convertir al fiador en contraparte o demandante del deudor aún sin haber pagado. En mi particular punto de vista, considero que la función del fiador deberá de concluir en el momento en que da a conocer y además comprueba la existencia de bienes del deudor principal en el distrito judicial donde debería verificarse el pago y en ese momento el acreedor proceder contra esos bienes.

No obstante lo anterior, cuando el fiador no ha sido obligado a realizar la excusión de los bienes del deudor, puede liberarse de la obligación cuando por negligencia del acreedor al promover la excusión le cause daños. Esto se da solamente cuando el fiador haya cumplido con los requisitos que hemos mencionado y lo beneficia hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión.

Cabe mencionar que aunque el fiador no haya renunciado al beneficio de excusión, éste no podrá tener lugar en los casos de concurso o insolvencia del deudor, así lo dispone la fracción II del artículo 2816 del Código Civil.

Tampoco se podrá hacer valer la excusión, cuando el acree

dor no pueda requerir judicialmente de pago al deudor dentro de territorio nacional.

Cuando el negocio para el cual se prestó la fianza sea propio del fiador, éste no tendrá derecho a la excusión de los bienes del deudor, lo mismo sucederá cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por adictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde de fa cumplirse la obligación.

El beneficio de división lo analizaremos cuando veamos los efectos de la fianza entre los cofiadores, ya que ambos conceptos se encuentran vinculados.

2.3 Efectos de la Fianza Entre el Fiador y el Deudor.

Como hemos analizado, la fianza es un contrato en el cual intervienen dos elementos personales: El Acreedor y el Fiador; es decir, la voluntad del deudor es irrelevante para la contratación de la fianza, ya que puede consentirla, ignorarla u oponerse pero sin embargo la fianza subsistirá. Definitivamente el origen de los efectos, entre las relaciones de fiador y deudor principal, es extracontractual, sin embargo la Ley le prevee dos tipos de efectos, una antes de pagar el fiador a acreedor y los posteriores al pago.

El Lic. Ramón Concha Malo al referirse a las acciones --

que se derivan de la relación mencionada, establece:

1. Si el deudor ha estado conforme con el otorgamiento de la fianza se considera al fiador como mandatario.
2. Si el deudor ignora la existencia de la fianza, el fiador viene a ser un gestor oficioso. (34)

En el primer caso podemos decir que el fiador ha obrado por cuenta del deudor, es decir, desempeña el papel de mandatario; en el segundo caso, el fiador ha sido un Gestor que ha desempeñado un negocio de manera útil. Analizemos ahora los efectos que se producen antes de que el fiador haga el pago al acreedor.

El artículo 1936 establece: "El fiador puede, aún antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza:

- I Si fue demandado judicialmente por el pago (en este caso el fiador puede proceder en forma precautoria contra el deudor a fin de que asegure la suma que pueda llegar a pagarse, más aún puede denunciarle el pleito para que la caso perjuicio la sentencia que se pronuncie contra el fiador).
- II Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente. (En es

ta circunstancia si el deudor no puede asegurar el pago, el fiador debe solicitar se le releve de la fianza.

III Si pretende ausentarse de la República.

IV Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido.

V Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo. (En este caso no es necesario que el acreedor haya requerido al fiador para exigirle al deudor el aseguramiento o releve de la fianza, basta simplemente que la obligación se haya hecho exigible y que no haya sido cumplida para que el fiador tenga ese derecho.

Estas relaciones que se establecen entre fiador y deudor aún antes de pagar el primero la obligación incumplida, son simplemente preventivas ya que si bien la obligación no se hace exigible, o el deudor paga directamente al acreedor o al juez no condena al pago de la prestación reclamada, las cosas volverán a su estado normal, aunque el fiador será responsable por los daños y perjuicios que se le hayan causado al deudor.

Veamos ahora las relaciones que se establecen entre fia-

dor y deudor cuando aquel ha pagado.

El Fiador tiene derecho a que se le indemnice aunque el deudor haya ignorado la fianza, la hubiese consentido o, más aún, se hubiese opuesto al otorgamiento de la misma, aunque - en este último caso sólo responde en cuanto le hubiere beneficiado el pago, y en los primeros casos; de gastos, intereses, daños y perjuicios sufridos.

Sobre este punto el artículo 2829 dice "El Fiador que pagó por el deudor debe ser indemnizado por éste;

I De la deuda principal.

II De los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aún cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor.

Con esta fracción se pretende que el fiador sea indemnizado completamente de todo el daño o todo perjuicio sufrido, - aunque estos intereses deben ser precisamente legales es decir, del 9% anual, cuestión que en nuestros días resulta inverosímil.

III De los gastos que haya hecho desde que dio noticia - al deudor de haber sido requerido de pago.

IV De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Este artículo asegura casi por completo el reembolso al fiador de la suma pagada, sin embargo esto sólo es cuando el deudor hubiere consentido o ignorado la fianza ya que si se opuso a ella no estará obligado más que a pagar lo que le hubiere beneficiado el pago; cuando la fianza es otorgada en este último caso (sin el consentimiento del deudor) podemos decir que nos encontramos ante una gestión de negocios (artículo 1896 y 1903 del Código Civil), motivo por el cual si el deudor le beneficia el pago debe pagar al fiador los gastos hasta donde alcancen los beneficios.

Analicemos ahora las acciones que tiene el Fiador contra el Deudor.

El Maestro Rojina Villegas sobre este punto menciona dos tipos de acciones: El de la Subrogación y el del Juicio Ejecutivo que puede seguir el primero contra el segundo. (35)

En el segundo de los casos podemos decir que se trata de una acción meramente personal derivada de los artículos 1828 y 1829 del Código Civil, los cuales acabamos de analizar.

35. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 345.

Cuando el Fiador realizó el pago en virtud de una sentencia, la copia certificada de la misma y la constancia del pago constituyen títulos ejecutivos, para exigir por esa vía al deudor el reembolso de la suerte principal y accesorios.⁽³⁶⁾

Para poder el Fiador proceder ejecutivamente en contra del Deudor, necesita haber realizado ciertos requisitos que le permitan recobrar por esta vía la suma pagada. Primeramente debió de poner en conocimiento del Deudor el pago que iba a realizar e inclusive debió denunciarle el pleito en el caso de haber renunciado a los beneficios de orden y exclusión, ya que de no cumplir con estos requisitos podrá el deudor ponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago, además de que si por falta de aviso del fiador, el deudor paga de nuevo, el primero no podrá repetir en contra del segundo, sino sólo en contra del acreedor (por enriquecimiento sin causa).

Por otra parte si el fiador pagó una deuda que estaba contemplada para ser cubierta en plazos y éstos aún no llegan o bajo una condición y ésta aún no se cumple, no podrá exigir el deudor el reembolso de la suma pagada sino hasta que el plazo se cumpla o la condición se dé.

Si el fiador paga como consecuencia de una sentencia y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste tiene la obligación de indemnizarlo y sólo tendrá como excep-

36. Idem. pág. 347.

ciones las que no hubiesen sido opuestas por el fiador cuando fue requerido por el acreedor aún teniendo conocimiento de -- ellas, situación que permite al fiador ampliarle las posibilidades de recuperación cuando proceda contra el deudor.

Por lo que respecta a las acciones derivadas de la subrogación podemos decir que ésta se da por Ministerio de Ley ya que así lo dispone el artículo 2058 del Código civil al establecer que la subrogación se verifica por Ministerio de Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (fracción II) y en el caso, existe un interés del fiador de pagar cuando la obligación se ha hecho exigible, -- pues de lo contrario se verá afectado en sus bienes, los cuales le pueden ser embargados e inclusive rematados para hacer pago de la suma que el deudor dejó de cumplir, por lo cual el fiador sí tiene un interés jurídico de cumplir con la obligación.

Además de lo anterior el artículo 2830 establece "El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acree-dor tenía contra el deudor". Es entonces la subrogación "una cesión que se opera por mandato legal de las acciones, derechos y privilegios del acreedor en favor del fiador derivados del negocio principal". (37)

37. Concha Malo, Ramón: Op.cit., pág. 116.

Normalmente cuando se realiza el pago, da como resultado final la extinción de la obligación, ya sea que la cumpla el propio deudor, su representante o cualquier tercero interesado o no.

En el caso de la fianza no se produce ese efecto de extinguir la obligación por el pago realizado por el fiador, ya que por lo que se extingue es la obligación fiadora por cumplimiento, pero la obligación principal subsistente, es decir con relación al acreedor la relación jurídica se extingue, el deudor no queda liberado, sino que se liga por Ministerio de Ley con el fiador, el cual puede reclamarle el cumplimiento de la misma obligación.

Algunos autores consideran a la subrogación como una substitución de acreedor, al respecto el Maestro Gutiérrez y González define a esta forma de transmisión de las obligaciones como "El Acto Jurídico en virtud del cual hay una substitución admitida o establecida por la Ley en el Derecho de un acreedor, por un tercero que paga la deuda, o presta al deudor fondos para pagarla, permaneciendo idéntica e invariable la relación obligatoria". (38)

Aunque la subrogación que concede la Ley al fiador lo convierte en acreedor del deudor, el primero no puede pagar -

38. Gutiérrez y González, Ernesto: Op.cit., pág. 769.

sin una causa justificable o por el solo temor de ver amenazados sus bienes, comprometida su dignidad, o bien, por evitarse las molestias que le podría acarrear un juicio en su contra, toda vez que está obligado a notificar al deudor el pago que va a realizar o bien denunciarle el pleito cuando ha sido demandado, la falta de cumplimiento de este requisito trae como consecuencia que el deudor oponga todas las excepciones -- que pudo haber opuesto al acreedor al tiempo de hacer el pago, incluso las de carácter personal, lo que complicaría la recuperación de la suma pagada. Cuando se da la subrogación, el acreedor transmite al fiador el crédito con todos sus accesorios, motivo por el cual el deudor, al ser la misma obligación, puede oponer al nuevo acreedor (fiador) todas las excepciones inherentes a la obligación principal y al acreedor primitivo, sin embargo si el deudor fue notificado en tiempo no podrá hacer valer estas excepciones (artículo 2932 a contrario senso).

El Código Civil no es claro al establecer cuales son las acciones que puede hacer valer el deudor cuando el fiador le demanda el reembolso de la suma pagada, sin embargo podemos decir que en los casos en que el pleito le ha sido denunciado por renuncia del fiador a los beneficiarios de orden y excusión, y no sale a juicio, no podrá oponer ninguna excepción -- sino que estará a resultas de la sentencia que se pronuncie contra el fiador.

En los casos en que se le notifique al fiador el pago -- que se va a realizar y no haga valer ninguna excepción o rinda alguna prueba que crea conveniente, cuando sea demandado - por el fiador no podrá hacer valer más que las excepciones in herentes a la obligación principal y que siendo conocidas por el fiador no las hubiere opuesto contra el acreedor (art. - - 2854 por analogía).

Sobre el particular, el Maestro Rojina Villegas menciona que si el Fiador notifica al Deudor que va a proceder a hacer el pago y éste no se opone, no podrá oponerle al fiador excepción alguna después del pago, supuesto que para ese fin se le hizo saber previamente que se iba a pagar la deuda, dejando - pasar la única oportunidad que tuvo para notificar a su vez - al fiador las excepciones que en su concepto existieren, y -- que podrían justificar la suspensión del pago. (39)

Podemos concluir entonces que, el pago no extingue el -- crédito sino que éste se transmite al fiador con todos los de rechos, accesorios y garantías, salvo aquellos que sean inseparables a la persona del acreedor (artículo 2032 y 2058 Frac ción II del Código Civil Vigente).

La figura de la subrogación siempre está ligada a la rea

39. Rojina Villegas, Rafael: Op.cit., pág. 346.

litación de un pago y su fuente es lisa y llanamente la Ley, y es tan importante esta figura que si por culpa o negligencia del acreedor, el fiador se hallare imposibilitado para subrogarse en los derechos de aquél, la fianza se extingue, lo cual se explica por el hecho de que el fiador no responde por deuda propia, pero esto lo analizaremos más adelante cuando veamos las causas de extinción de la Fianza Civil.

C) Efectos de la Fianza Entre Cofiadores.

Para concluir los efectos que produce la Fianza Civil entre las partes, mencionaremos los que se dan entre los cofiadores de un mismo deudor; al mismo tiempo hablaremos del beneficio de división ya que ambos conceptos se encuentran vinculados.

El artículo 2827 de nuestro Código Civil, establece que "Cuando son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario; pero si solo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio".

Este artículo presupone dos formas diferentes de hacer valer el beneficio de división; analicemos pues, estos dos supuestos.

Primeramente, este artículo plasma la posibilidad de que exista un convenio entre acreedor y cofiadores, el cual permitiría oponerle el beneficio de división directamente al acreedor. Este convenio puede consistir en que cada uno de los cofiadores responderá por cierta cantidad o cierto porcentaje de la deuda, lo que traería como consecuencia que el acreedor no podría exigir a uno solo de los cofiadores el pago total de la deuda, y más aún, en caso de que algún cofiador cayere en estado de insolvencia, el acreedor no podría exigir a los demás fiadores la parte proporcional que les pudiere corresponder toda vez que el mencionado convenio libera a los demás fiadores de la obligación de cubrir la parte del o los insolventes. Lo anterior tiene su fundamento en la parte final del artículo 2840 del Código Civil, que al referirse a la responsabilidad de los cofiadores de cubrir la parte correspondiente de algún fiador que resulte insolvente, dice:

"... ni aún por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata..."

Pasando al otro supuesto del artículo que estamos analizando, (2837 del Código Civil) vemos que el verdadero beneficio de división contemplado por la Ley es el que se da entre los cofiadores, el cual consiste en que si uno de los fiadores es demandado para cumplir con su obligación como tal, podrá hacer citar a los demás cofiadores para que se defiendan en forma conjunta y que les pare perjuicio la sentencia emitida

da en la proporción debida.

En este caso los cofiadores no podrán oponerle al fiador que pagó las excepciones que el deudor hubiere podido oponer al acreedor toda vez que fueron llamados a juicio para que -- ahí se defendieran, también el beneficio de división se puede hacer valer cuando en virtud de demanda judicial o por encontrarse el deudor principal en estado de concurso, uno de los fiadores paga el total de la deuda, en ese caso podrá exigir de los otros fiadores la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer.

Si alguno de los fiadores resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos los demás en la misma proporción.

En el caso que estamos estudiando, si los demás cofiadores de los cuales se exige su parte proporcional de la deuda en virtud del pago realizado, no fueron llamados a juicio podrán oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, siempre y cuando no ueren puramente personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago, aplicándose de esta forma lo establecido por el numeral 2812 del Código Civil y que estudiamos -- previamente al analizar los efectos de la Fianza Civil entre Fiador y Acreedor.

De lo que hasta ahora hemos visto, podemos decir que - -

existen dos momentos en los que se puede hacer valer el beneficio de división:

1. Cuando uno de los financieros es demandado.
2. cuando un cofiador ha pagado la totalidad de una deuda.

En el primero de los casos, el fiador que pide el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición podría darse el caso de que alguno de los cofiadores pagara sin que existiera demanda judicial o sin estar el deudor principal en estado de concurso por el simple temor de verse molestado en sus bienes o en su persona, en este caso cuando el fiador que pago quisiese hacer valer el beneficio de división, podrán los otros cofiadores oponer las excepciones que sea inherentes a la obligación, así como las que pudiera oponer el deudor principal al acreedor al tiempo de hacer el pago. Que vean que si después de haber solicitado que se les citará a los demás cofiadores para que estuvieran a las resultas del juicio, uno o varios de ellos caen en estado de insolvencia, el fiador que solicitó dicho beneficio sólo responderá por la deuda que en proporción originalmente estaba obligado, ya que la insolvencia de los otros fiadores pudo haber sido originada o causada por la negligencia del acreedor al no actuar oportunamente en contra de todos los cofiadores.

En el segundo supuesto, es decir en el caso de que el fiador demandado hubiese pagado la totalidad de la deuda, en virtud de una demanda judicial, o por encontrarse el deudor principal en estado de concurso, los demás cofiadores podrán hacer valer las excepciones que podría oponer el deudor principal al acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor o, del fiador que hizo el pago, podría darse el caso de que alguno de los cofiadores pague sin que existiera deuda judicial o sin estar el deudor principal en estado de concurso por el simple temor de verse molestado en sus bienes o en su persona, en este caso cuando el fiador que pagó quisiese hacer valer el beneficio de división, podrán los otros cofiadores oponer las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, así como las que pudiera oponer el deudor principal al acreedor da tiempo de hacer el pago, por último veamos cuales son las causas por las que el Beneficio de División no tiene lugar entre los Fiadores, ellas son:

- I Cuando se renuncia expresamente; al igual que los de orden y excusión, este beneficio puede ser renunciado, lo cual no beneficia al acreedor, sino en el sentido de que el procedimiento judicial será más breve, ya que no se podrá llamar a los demás cofiadores.
- II Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor, aquí debe existir Convenio Expreso.
- III Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a los párrafos 2° y 3° --

del artículo 2837, en este caso la parte del -
que resultare insolvente recaerá sobre los de-
más cofiadores en la misma proporción.

- IV En el caso de la fracción IV del artículo 2816 es decir, cuando el negocio para el que se - - prestó la fianza sea propio de los fiadores, y
- V Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo (2816), o sea cuando un fiador - no pueda ser judicialmente demandado dentro -- del territorio de la República Mexicana, y - - cuando se ignore el paradero de algún fiador, - siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación, en estos - casos, no se podrá hacer valer el Beneficio de División entre los fiadores.

2.4 Formas de Terminación de la Fianza.

Dado el carácter accesorio de la Fianza Civil, ésta se -
puede extinguir de dos formas:

- a) Por vía indirecta, también llamada por vía de consecuencia, que es cuando la obligación principal se extingue y que origina necesariamente la extinción de la fianza.
- b) Por vía directa o principal, como se extingue -- cualquier otra obligación.

Primeramente hablaremos de la extinción de la fianza por vía de consecuencia. Esta vía está motivada única y exclusivamente en el carácter accesorio del contrato y como mencionamos al principio de este Capítulo, no podemos suponer la existencia de los accesorios sin suponer la existencia de una obli

gación principal. Ennumeremos pues, los casos en que se extingue la obligación principal y como consecuencia la Fianza.

Quando existe novación de la deuda principal, implica la extinción de la fianza, toda vez que substituye una obligación nueva a la antigua, por lo tanto, la fianza desaparece junto con la obligación antigua, puede existir la posibilidad de que hubiese un pacto expreso ente el acreedor y el fiador para que la garantía pase a la nueva obligación, sin embargo -- también estaríamos ante una nueva fianza, ya que además de -- ser una obligación diferentes que en lugar de ser un dar se -- constituya en una hacer, tiene además al hecho de si la nueva deuda es inferior a la primitiva la fianza se reduce hasta el límite de la segunda obligación (artículo 2799 del Código Civil del D.F.). Más aún, nuestro Código Civil establece que -- la novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias y no puede reservarse el acreedor la fianza -- sin consentimiento del fiador.

En el caso que se analiza, podemos concluir que aún expresando en consecuencia la fianza son distintas, aunque el fiador como persona sea el mismo.

Otra forma de extinción de la obligación principal y de la fianza por Vía Indirecta, es el pago hecho por el propio deudor. Por Ofrecimiento de Pago seguido de la consignación de la cosa debida, en este caso una vez que la obligación ga-

rantizada fuere y pudiere ser consignada por el juez, y aprobada por este último, la obligación queda extinguida al igual que la fianza.

Por Declaración de Nulidad absoluta de la obligación principal, ya que los efectos que produjo serán destruidos retroactivamente, cuando se pronuncie por el Juez la nulidad, en consecuencia una vez declarada la nulidad por el Juez, la fianza se extingue también así como los efectos que pudo haber producido la fianza como contrato, quedan igualmente destruidos en forma retroactiva. Por Inexistencia, es decir, cuando una obligación ha sido declarada inexistente por la falta de consentimiento, o de objeto, también la fianza se extingue al hacerse dicha declaración, o sea que no produce efecto legal alguno.

La Nulidad Relativa, sin embargo en esta situación puede darse el caso de que se confirme el Acto Jurídico, como cuando sucede con la falta de forma, por incapacidad, violencia o error, entonces la fianza surte sus efectos cuando cesa el vicio o motivo de la nulidad.

Por compensación entre el deudor y el acreedor, o simplemente reduciéndose la obligación principal y similarmente la fiadora. Cabe mencionar que el fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.

Sobre este punto hay que establecer que la compensación sólo se da cuando las deudas consisten en una cantidad de dinero o cuando siendo fungibles las cosas debidas son de la misma especie o calidad. En estos casos la fianza se extingue solamente que la compensación sea completa.

Asimismo cabe recordar que el fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.

Otra forma de extinguirse la Obligación Principal y la Fianza, se da cuando por confusión, las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona, aunque en este caso la Obligación Principal y en consecuencia la derivada de la fianza, renacen cuando la confusión cesa.

En los casos de Condonación de la Deuda Principal, extingue también la fianza; sin embargo en el caso de condonación parcial, sólo reduce la fianza, pero en el caso de que la obligación principal quede sujeta a nuevos gravámenes o condiciones en virtud de esa condonación parcial también provocará la extinción de la fianza.

En el caso de la prescripción adquirida por el deudor principal, aprovecha a sus fiadores (artículo 1147 del Código Civil del D.F.), es decir también se extingue la fianza.

Ahora hablaremos de las causas de extinción de la fianza

por Vía Directa. en esta vía, la obligación fiadora se extingue directamente como cualquiera de las obligaciones y por lo general implica la terminación exclusiva del contrato de fianza quedando subsistente la obligación principal.

Algunos casos podrán ser:

- a) Por pago
- b) Por ofrecimiento de pago seguido de una consignación.
- c) Por una declaración de inexistencia, nulidad absoluta o relativa de la propia obligación fiadora.
- d) Por confusión entre deudor y fiador, excepto por lo que toca al que fió al fiador, cuando la confusión surge de haber heredado uno al otro; en fin, por las mismas causas que las demás obligaciones.

Sin embargo, podemos decir que existen otras situaciones por los cuales se puede extinguir la fianza a las que nombraremos causas específicas de extinción, las cuales se encuentran señaladas en diversos numerales de nuestro Código Civil:

- Si por culpa o negligencia del acreedor, el fiador no puede subrogarse en sus derechos, privilegios e hipotecas, al hacer el pago, (artículo 2845.
- Por la espera o prórroga que le conceda el acreedor al deudor sin consentimiento del fiador.
- En el caso de los cofiadores, la liberación que haga -

- el acreedor a uno de ellos sin consentimiento de los otros, aprovecha a los demás hasta donde alcance la parte del cofiador liberado (artículo 2844).
- Cuando el acreedor hubiere sido negligente al promover la excusión, libera al fiador hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado este último para la excusión.
 - En el caso de que un fiador se hubiere obligado por tiempo determinado, y al acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo.
 - Cuando el acreedor deje de promover sin justa causa por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor.
 - Cuando la fianza se otorgó por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador de exigir al acreedor que promueva contra el deudor, en un plazo de un mes cuando la obligación garantizada se ha hecho exigible; en caso contrario, el fiador quedará libre de su obligación.

En estos tres últimos casos, podemos decir que la fianza se extingue por caducidad.

2.5 Clasificación del Contrato de Fianza Civil.

En páginas anteriores, hemos estudiado la naturaleza de

la fianza en la cual concluimos que en la fianza llamada Convencional, a diferencia de la Legal y Judicial, su fuente creadora es el Contrato.

También se ha precisado que una de las principales características de la fianza es su accesoriedad por los motivos expuestos.

Ahora nos toca analizar como último punto de este Capítulo, la clasificación de este Contrato, como tal, haciendo la salvedad ya indicada.

a) Decimos pues, que la Fianza Civil es un Contrato Nominado, ya que se encuentra regulado por nuestras leyes.

b) Es Unilateral generalmente, sin embargo, es conveniente mencionar que puede ser también Bilateral, todo esto en relación con la onerosidad o no del mismo.

Un Contrato es Unilateral cuando hace nacer obligaciones para una sola de las partes, sin que la otra asuma obligación alguna (art. 1855 del Código Civil del D.F.). No hay que confundir Contrato Unilateral con Acto Unilateral, ya que son dos cosas diferentes y que luego se prestan a confusión.

En un Acto Unilateral, interviene una sola voluntad, es decir, no existen dos partes o consentimientos que lo formen, no se necesita el concurso de otra para producir consecuen--

cias de derecho; en cambio el Contrato Unilateral requiere -- del concurso de dos o más voluntades en la cual una sola se - obliga ante la otra.

En el caso que nos ocupa, podemos decir que este Contrato casi siempre es Unilateral, ya que normalmente se celebra entre particulares o no entre comerciantes, y se otorga de -- una manera gratuita, resultando en este caso como única persona obligada el fiador ante el acreedor para cumplir en caso - de que el deudor principal no lo hiciera, y para el acreedor no nace obligación alguna.

No obstante lo anterior, puede darse el caso de que pacte una remuneración por parte del acreedor para el fiador, en cuyo caso estaríamos ante un Contrato Bilateral, ya que las - ;artes se obligan recíprocamente, una a responder por el pu- dor y la otra a pagar una retribución; pero normalmente esto no sucede en la Fianza Civil, por lo que en la mayoría de los casos resulta ser un Contrato Unilateral.

c) La Fianza Civil puede ser gratuita u onerosa (artículo 2795 del Código Civil del D.F.). Nuestro Código Civil define a los contratos onerosos como aquellos en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y al gratuito en que - el provecho es sólo para una de las partes, es decir, una sola de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir cosa alguna en cambio.

En el Contrato que estamos analizando, por regla general, se celebra entre dos personas físicas (artículo 2811 del Código Civil del D.F.) por lo que normalmente resulta gratuito, pues el fiador asume su obligación sin necesidad de que exista retribución de la contraparte.

No sucede lo mismo cuando la Fianza es otorgada por una compañía concesionada para tal efecto, ya que en estos casos siempre será onerosa en virtud de que cada una de las partes procura a la otra, aunque aquí no es el acreedor quien paga sino el deudor, pero no abundaremos más en esto, ya que es materia de nuestro próximo capítulo.

d) Es Consensual, en oposición a Formal, ya que no se establece ninguna formalidad para la validez del Contrato de Fianza, pero sí exige que el contrato se exprese donde la intención de las partes se desprenda de manera clara.

En los Contratos Formales, la Ley exige que la voluntad de las partes se externe bajo cierta forma que ella dispone. En dichos actos, a pesar de que es necesario el consentimiento, no es suficiente, ya que la misma podrá ser declarada nula (relativa) si la voluntad no se ha manifestado en la forma prescrita por la Ley.

En el contrato en cuestión, se perfecciona por el sólo acuerdo de las voluntades, sin necesidad de que estas revisitan forma alguna específica prevista por la Ley.

e) ¿Commutativo o Aleatorio?

"Esta no es una clasificación autónoma, sino una subclasificación del Contrato Oneroso". (40)

Un contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben dar las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte, que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

Un Contrato Oneroso es Aleatorio cuando la prestación de bida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino que ese acontecimiento se realice.

En el contrato que analizamos, ya se dijo que casi siempre se otorga sin ninguna remuneración para el Fiador, quien obra generalmente con el fin de favorecer al Fiador, en este caso, carece de sentido subdividirlo en Commutativo o Aleatorio; pero puede darse el caso de que el contrato sea Oneroso, ¿en qué subdivisión entraría la Fianza Civil?.

Algunos estudiosos de la materia como Concha Malo, Solís Marín; consideran a la Fianza Civil a título oneroso, como conmutativa, "porque los provechos y gravámenes son ciertos y

40. Gutiérrez y González, Ernesto: Op.cit., pág. 191.

determinados desde la celebración del contrato"⁽⁴¹⁾ y "puesto que las prestaciones ya son ciertas desde que se celebra el contrato de Fianza".⁽⁴²⁾

En lo personal, difiero sobre estos conceptos porque aun que se conoce cuánto va a recibir el fiador como remuneración, se desconoce qué cantidad va a pagar el fiador, más aún, se desconoce si va a pagar o no, ya que pueden darse los siguientes supuestos:

1. Que el deudor principal cumpla su obligación: En este caso, sólo se sabe cual fue la ganancia del Fiador hasta que la obligación se hace exigible y el deudor cumple, es decir, hasta que el acontecimiento se realice.
2. Que el deudor principal pague o cumpla con parte de su obligación.

En este otro caso, no es posible esto, ni tampoco hacer la evaluación de la ganancia o pérdida de los contratantes, al momento de celebrar el contrato, sino hasta que se da el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor.

41. Solís Marín, José Alberto: "El procedimiento de ejecución en la Fianza de Empresa", Tesis Profesional UNAM, México, D.F. Págs. 30 y 31.

42. Concha Malo, Ramón: Op.cit., pág. 232.

3. Que el deudor principal no cumpla con su obligación. En este último supuesto, hay que esperar a que la obligación se haga exigible y no la cumpla el deudor para saber sobre las ganancias o pérdidas del contrato.

En los tres supuestos analizados, el evento del cual depende ese pago, puede verificarse pronto (al hacerse exigible la obligación), parcialmente o nunca (en caso de cumplimiento del deudor), por ese motivo aseveramos que el contrato de Fianza Civil cuando es oneroso, resulta aleatorio.

f) Por su Extensión.

La fianza Civil, debido a su extensión, se puede clasificar en Limitada e Ilimitada; la limitada es aquella en que la responsabilidad del fiador se contrae a la obligación principal, pero no a los accesorios legales, o pactados. La ilimitada es aquella en la que el fiador responde no sólo de la obligación principal, sino de todos sus accesorios, incluso de los gastos y costos del juicio, entendiéndose respecto de éstos, que no responderá sino de los devengados después que haya sido requerido para el pago. (43)

43. Solís Marín, José Alberto: Op.cit., pág. 33.

Hasta aquí llegamos sobre el estudio de la fianza Civil, su naturaleza, sus características, su clasificación; más adelante volveremos a analizarla, cuando hagamos su comparación con la Fianza de Empresa, en donde plasmaremos las diferencias y semejanzas que existen entre una y otra, así como las ventajas de cada una de éstas.

CAPITULO III

LA FIANZA DE EMPRESA

- 3.1** Introducción
- 3.2** Concepto de la Fianza de Empresa
- 3.3** Naturaleza Jurídica (Diversas Teorías)
- 3.4** Diversas clases de Fianza de empresa
 - a) Ramo I, Fianzas de Fidelidad
 - b) Ramo II, Fianzas Judiciales
 - c) Ramo III, Fianzas Generales
- 3.5** Elementos
 - Personales
 - Formales
 - Reales
- 3.6** Efectos entre las Partes
 - a) Entre Afianzadora y Fiado
 - b) Entre Afianzadora y Beneficiario
 - c) Entre Fiado y Beneficiario
- 3.7** Modos de Extinción
- 3.8** Clasificación del Contrato de Fianza de Empresa
- 3.9** La utilidad de la Fianza de empresa

CAPITULO III

LA FIANZA DE EMPRESA

3.1 Introducción

En el primer Capítulo de este trabajo, nos hemos referido ya a la Fianza de Empresa, (entendiendo por ésta, aquella que expiden las compañías legalmente autorizadas por el Gobierno Federal, forzosamente onerosas y mediante otorgamiento de pólizas numeradas), se analizaron sus antecedentes en México, su creación, su desenvolvimiento, las Leyes y sus reformas que rigen en esta materia, sin embargo, no se explicó el porqué del nombre de "Fianza de Empresa", cómo surgió y porqué es aceptado actualmente por la doctrina.

Dentro de este Capítulo habremos de analizar tanto el concepto de Fianza de Empresa, como el nacimiento de este concepto, sus diversas clases, su Naturaleza Jurídica, e intentaré de una manera muy personal mencionar cuándo se perfecciona el Contrato de Fianza de Empresa, y digo que se intentará porque aún existen muchas discrepancias sobre este punto y diversas personalidades concededoras de esta materia aún tienen puntos de vista encontrados.

En la parte final de este capítulo habremos de referir-

nos aunque sea de una manera breve a la utilidad que dentro del sistema financiero mexicano juegan las Instituciones de Fianzas.

Cabe hacer el comentario que hasta antes de las reformas realizadas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada el 5 de Enero de 1990, se consideraba como concesión el acto administrativo al amparo del cual realizaban -- sus actividades las Compañías Afianzadoras, toda vez que la función que se les asignaba a las mismas se consideraba como servicio público, sin embargo con las referidas reformas se cambió el acta administrativa por el de autorización, ya que, como se plantea en la exposición de motivos:

"Dicha actividad puede ser realizada por los particulares sujetándose a las disposiciones aplicables, es decir el Estado (dentro de los señalamientos -- contenidos en el plan nacional de desarrollo) de acuerdo a sus facultades constitucionales puede inducir y regular la acción de los sectores privado y social con lo cual con esta simple regulación es suficiente para otorgar la autorización".

Nuestra Legislación reconoce dos formas de Fianza; la primera es la Fianza conocida como Civil, la cual ya analizamos en el capítulo anterior; y la otra es la Fianza Mercantil que a su vez puede dividirse en dos, la Mercantil propiamente dicha, que es aquella que se puede otorgar entre comerciantes o para garantizar obligaciones mercantiles o sea, -- que el acto no sea de naturaleza esencialmente civil. Este-

tipo de Fianza no se puede otorgar habitualmente, ni se puede ofrecer al público (comerciantes) por ningún medio de publicidad, ni ser onerosa, ni expedirse en póliza, ni mucho menos utilizar agentes (Art. 3º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La otra división de las fianzas mercantiles es la otorgada por Instituciones debidamente organizadas por el Gobierno Federal cuyas características principales son que se debe expedir en forma de póliza y a título oneroso.

A esta segunda forma de otorgar Fianzas se le ha conocido como "Fianza de Empresa", concepto que es acogido por la doctrina, mas no por nuestra Legislación, ya que ni el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, hacen referencia a tal concepto.

Se le atribuye al Maestro Luis Ruíz Rueda el uso por primera vez de esta denominación, toda vez que anteriormente se conocía a este tipo de fianza de diferentes formas tales como "Fianza onerosa Mercantil", "Fianza Mercantil", "Fianza Prestada por Empresa", etc., todas ellas refiriéndose al mismo tipo de fianza, sin embargo no existía un concepto generalizado.

El Maestro Luis Ruíz Rueda comenta en su libro "El Con-

trato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio", cómo fue que decidió darle el nombre de Fianza de Empresa a las expedidas por compañías debidamente concesionadas, y dice: "... traté sin éxito de escoger una denominación más amplia que la que buscaba y como no la encontré, -- simplemente me referí a las Fianzas que otorgan las Compañías Fidoras llamándolas Fianza Onerosa Mercantil..., pero es bien sabido que aún Fianzas Onerosas que se celebren ocasionalmente por quienes no sean una Sociedad Afianzadora, -- pueden ser Mercantiles".

"... Domina en la Ley (de Instituciones de Fianzas - de 1942), el concepto básico de Empresa, sin que pueda confundirse este término con el de Sociedad... si sólo las Empresas Afianzadoras pueden obtener para su titular la autorización estatal, es manifiesto que exclusivamente las Fianzas que otorgan las Instituciones de Fianzas, son Fianzas de Empresa".¹

La aplicación de la denominación de "Fianza de Empresa", se ha generalizado dentro de la Doctrina, ya que la misma es utilizada por diversos autores y catedráticos dentro de las aulas universitarias, más aún, incluso en la Suprema Corte de Justicia ha aceptado tal concepto, lo cual se aprecia en la sentencia resolutive del amparo No. 5013 que dice: "Este Contrato Bilateral y Oneroso denominado Fianza de Empresa, -- nunca se concierta..."

1. Ruíz Rueda, Luis: "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio", México, D.F. 1960, págs. 11, 12 y 13.

En mi personal punto de vista, me adhiero al pensamiento del Maestro Luis Ruíz Rueda en cuanto a que hay que distinguir forzosamente entre la Fianza Civil y la Fianza expedida por una Institución, ya que como veremos más adelante son dos conceptos que aunque similares, son diferentes desde su naturaleza hasta sus efectos.

La palabra "Empresa", debe considerarse como un elemento específico ya que la empresa reconocida como una Organización Económica Concesionada para otorgar estas garantías personales de manera onerosa, es sin duda el principal elemento para distinguir una fianza de otra.

3.2 Concepto de la Fianza de Empresa

Una vez que ha quedado precisada y aceptada la denominación de Fianza de Empresa, haremos mención a las diversas definiciones que sobre la misma se dan, para después concluir con nuestro punto de vista:

El maestro Luis Ruíz Rueda propone como definición de la Fianza de Empresa, la siguiente:

"Son fianzas otorgadas por las sociedades legalmente autorizadas para garantizar a título oneroso, personal y profesionalmente, las deudas ajenas".²

2. Idem, pág. 99.

Sobre la definición del Maestro Rufiz Rueda, considero - que le faltó un elemento absolutamente necesario que es el - de otorgar la fianza en forma de póliza, ya que independientemente de los elementos específicos a que hace mención, tales como la prestación del fiador, (o sea su garantía de pago de la deuda ajena), como la onerosidad y la empresa autorizada estatalmente, le falta referirse a la Póliza como la forma en que las Instituciones de Fianzas asumen sus obligaciones como fiadoras. Cabe hacer mención de que además estas pólizas deben ser numeradas.

Por otra parte, el Lic. Ramón Concha Malo, define a la Fianza de Empresa como

"aquella que otorga en forma habitual y profesional una Sociedad Mercantil -en nuestro Derecho Anónima- en forma onerosa, mediante el pago de un pre mil o prima sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado, con un gran control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante a su funcionamiento y desarrollo, sino también en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía".³

La definición que propone el Lic. Concha Malo es demasiado amplia; además de que el cobro de la prima nada tiene que ver con la solvencia del sujeto afianzado, más aun el pago de la prima nada tiene que ver con esa solvencia.

3. Concha Malo, Ramón: "Fianza Civil Mercantil y de Empresa. Tesis, México, D.F., 1977, pág. 62.

Como podemos observar, los dos autores anteriores hacen una definición somera de la Fianza de Empresa, ya que no profundizan en si es un contrato o una declaración unilateral de la voluntad, así como las partes que intervienen, sus elementos, etc. y es que en realidad determinar una definición concreta de lo que es la Fianza de Empresa no es fácil ya -- que aún en nuestros días hay autores que no se ponen de --- acuerdo sobre este punto.

La Suprema Corte de Justicia ha definido a la Fianza de Empresa (fiscal) como

"El Contrato por el cual la Institución de Fianzas se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace, con el efecto de obligar solidariamente a la Afianzadora al pago del adeudo a cargo del fiado...".⁴

Podemos observar que la Suprema Corte de Justicia agrega una característica más a la Fianza de Empresa que es la consistente en la solidaridad de la afianzadora, cuestión -- que considero válida.

La solidaridad de la Fianza expedida por compañías autorizadas para tal efecto constituye una característica más de

4. Séptima Epoca, tercera parte, volumen 133-138, pág. 65, R.F. 65/79 Central de Fianzas 5 votos.

las mismas y al mismo tiempo sirve para diferenciarla de la Fianza Civil.

En efecto, las garantías personales como la Fianza (Única garantía personal reconocida en nuestro Derecho), pueden clasificarse en subsidiarias y solidarias.

En las fianzas Civiles la obligación resulta subsidiaria, toda vez que el fiador goza de los beneficios de orden y excusión⁵ (los cuales ya estudiamos), y en este caso "El Garantizador responde frente al Acreedor únicamente en la medida en que no haya podido satisfacer su crédito con los bienes del Deudor principal".⁶ En cambio en la Fianza de Empresa la obligación de la Afianzadora resulta solidaria, toda vez que no goza de los beneficios de orden y excusión.

El artículo 1988 del Código Civil vigente para el D.F., establece "La solidaridad no se presume; resulta de la Ley o de la voluntad de las partes", y en el caso a estudio, la solidaridad de la fianza de empresa resulta de la Ley, toda vez que el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones--

5. No desconozco la posibilidad jurídica de la renuncia a dichos beneficios, en cuyo caso la obligación se convertiría en solidaria.

6. De la Garza, Sergio Francisco: "Derecho Financiero Mexicano", décima tercera edición, Editorial Porrúa, México, D. F., 1985, pág. 587.

de Fianzas menciona que las Instituciones de Fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, es decir,

"el Garante responde frente al Acreedor en el mismo plano que el Deudor, de tal suerte que puede ser demandado conjunta o separadamente con el Deudor y sin que el acreedor tenga que agotar primeramente el patrimonio del deudor para poder hacer efectivo el saldo del crédito contra el Garantizador".⁷

De todo lo anterior esgrimido, podemos obtener como características esenciales de la Fianza de Empresa, que tienen que ser expedidas por compañía debidamente concesionada para tal efecto, que tienen forzosamente que ser onerosas, expedirse en forma de póliza y que son obligaciones solidarias - en virtud de no contar con los beneficios de orden y excusión por disposición de la Ley. Sin embargo, no me atrevería aún a dar una definición propia sobre "la Fianza de Empresa", toda vez que considero de suma importancia analizar la naturaleza jurídica de la misma, así como sus elementos personales para que en base a todo eso poder esgrimir mi opinión, motivo por el cual será hasta el final del presente capítulo en donde daré a conocer mi opinión.

7. Idem, pág. 587.

3.3 Naturaleza Jurídica (Diversas Teorías)

Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa

Existen diversos criterios sobre el tema que vamos a -- analizar. Aún en nuestros días existen diversidad de opinio -- nes encontradas sobre establecer la Naturaleza Jurídica de -- la Fianza expedida por Institución Autorizada. Lo que sí es -- claro, y es un término ya generalizado y aceptado por la ma -- yoría de los letrados de este tema, es que la utilización -- del concepto "Fianza de Empresa", es valedero en todos sus -- sentidos.

No obstante que el término Fianza de Empresa ha sido -- aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, -- muchos especialistas en la materia, no han logrado estable -- cer una unidad de criterios sobre la naturaleza de ésta y lo -- que es más, existen diferentes puntos de vista sobre cuándo -- se perfecciona la Fianza de Empresa.

Para empezar a abarcar este tema, haré mención a las di -- versas teorías que existen en cuanto a la Naturaleza de la -- Fianza de Empresa, recogeremos el pensamiento de algunos au -- tores que han escrito sobre el tema y ampliaremos más estas -- corrientes tomando en consideración los puntos externados -- por diferentes personalidades que de manera subjetiva anali -- zan a la Fianza de Empresa en todos sus aspectos, tal vez --

muchas de las personas que se mencionarán más adelante, no tengan una carrera docente que les permita ser conocidos dentro del ámbito universitario, sin embargo para efecto de nuestro trabajo puedo decir que son de un amplio y reconocido conocimiento sobre el tema que nos ocupa.

Dentro de las distintas teorías que existen sobre la Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa, está la que asevera que se trata de un contrato celebrado entre acreedor y fiadora, la cual se puede contemplar como válida tratándose de Fianzas de Fidelidad, ya que en este tipo de fianzas indiscutiblemente, estamos frente a un Contrato Bilateral Ordinario, ya que produce obligaciones y derechos únicamente para las partes que intervienen en él, que en el caso que nos ocupa, sería el acreedor y el fiador, obligándose el primero de ellos a pagar una prima, y el segundo, a garantizar las responsabilidades de carácter delictuoso que pudiera cometer un empleado (fiado), en contra del acreedor (reparación del daño), en esta situación el empleado no forma parte del contrato ni se hace ninguna estipulación a su favor ni siquiera nacen derechos y obligaciones para él.

Hay autores que aseguran que la Fianza de Fidelidad es inexistente⁸, es decir, no la consideran como tal sino como-

8. Uno de estos pensadores es el Lic. Humberto Ibarzabal Jiménez, quien da a conocer su opinión sobre este punto en su tesis profesional titulada "El Reafianzamiento en México", pág. 196, México, D.F., 1963.

un contrato de naturaleza distinta, como el Seguro de Daño, y fundamentan su opinión manifestando que para que una obligación pueda ser materia de garantía de fianza, la misma debe ser presente, actualizada, y a cargo de fiado por la cual ya se encuentre obligado a su cumplimiento y además agregan

"En la Fianza de Fidelidad no existe propiamente -- obligación que pueda ser materia de garantía, ya que para que así fuere, el fiado debería de haber robado ya, o defraudado... mientras ninguno de los delitos previstos se haya cometido por el fiado, éste no estará obligado a nada para con el acreedor y por consiguiente la fianza carece de objeto que pueda ser materia de dicha garantía. Careciendo la Fianza de Fidelidad de una obligación garantizable, la misma resulta inexistente..."⁹

No se puede decir que la Fianza de Fidelidad es un seguro de daños, toda vez que en este último puede derivarse de un hecho fortuito e involuntario, mientras que en la Fianza de Fidelidad, forzosamente debe existir la intensión del fiado (empleado) para realizar el delito patrimonial en contra del acreedor-beneficiario. Podemos decir entonces que en la Fianza de Fidelidad garantiza al acreedor el pago de los daños ocasionados por responsabilidades de carácter delictuoso que pudieran ocasionarle un empleado, voluntaria e intencionalmente y que trajera como consecuencia un Decremento Patrimonial.

9. Ibarcabal Jiménez Humberto: "El Reafianzamiento en México", tesis profesional UNAM, México, D.F., pág. 196.

Sí existe, además, una obligación que puede ser materia de garantía, y son las obligaciones que consisten en no hacer, en donde no es necesario que el fiado tenga que cometer el robo, el fraude, etc., para que exista propiamente una obligación.

Sin embargo, y con el fin de no abundar más en el tema de las Fianzas de Fidelidad ya que sería materia de otro estudio exhaustivo, concluiremos en que la naturaleza jurídica de las mismas, sí es diferente a la de las demás Fianzas (Generales), así que podemos decir que las Fianzas de Fidelidad (en cuanto a su naturaleza jurídica), son la excepción que confirme la regla.

Con el fin de continuar con la teoría de los que aseguran que la Fianza de Empresa es un contrato, mencionaremos lo que establecía la abrogada Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, en sus diferentes artículos transitorios, ya que la redacción de los mismos nos permite conocer (o por lo menos darnos una idea) de la forma de pensar de los legisladores de aquella época, que como veremos, estuvieron siempre acordes en que la Fianza de Empresa era un contrato, así -- pues el artículo primero establecía: "Mientras no se legisle en Materia de Contrato de Fianza Onerosa, éste será regido -- por lo dispuesto en esta Ley...".

El artículo II decía:

"Los Contratos de Fianza a Título Oneroso son Actos de Comercio..."

El artículo III mencionaba:

"El Contrato de Fianza Onerosa que otorguen las Instituciones de Fianzas deberá probarse por escrito, y al efecto - estarán obligadas a expedir a los interesados una constancia en forma de póliza que contendrá..."

Y así los artículos IV y V establecían respectivamente:

"Las acciones que se deriven de un Contrato de Fianza - prescribirán en dos años".

"Los documentos que consignent los Contratos de Fianza, - acompañados...".¹⁰

Como podemos apreciar, la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, concibe a la Fianza de Empresa como un Contrato, aunque no especifica qué tipo de Contrato, es más, ni siquiera establece quiénes son las partes de ese Contrato.

En nuestros días la Suprema Corte de Justicia, en diferentes tesis y jurisprudencias, le ha reconocido a las fianzas el carácter de Contrato, así lo podemos apreciar a manera de muestra en las siguientes tesis:

10. Ley de Instituciones de Fianzas, 1942.

"FIANZA FISCAL, COBRO DE. INTERRUPTON DEL TERMINO-
DE PRESCRIPCION DEL DERECHO DE EFECTUARLO.

La Fianza para garantizar el impuesto por importación de mercancía es un Contrato por el cual la -- Institución de Fianzas se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace...".¹¹

"FIANZAS, MOMENTO EN QUE COMIENZA A CORRER EL TERMI
NO PARA LA PRESCRIPCION TRATANDOSE DE.

El término de dos años a que se refiere el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, empieza a correr a partir del momento en que la obligación garantizada sea exigible, ya que el Contrato de Fianza por su naturaleza es accesorio, y por lo tanto, mientras no sea exigible la obligación principal, tampoco lo es la Fianza otorgada".¹²

En fin, definitivamente la Fianza de empresa es un Contrato, ya que se dan los supuestos específicos del mismo, es decir, La Fianza nace de un Acuerdo de Voluntades entre la afianzadora y el fiado o solicitante (excepto en las Fianzas de Fidelidad, en donde el acuerdo de voluntades se da entre beneficiario y afianzador, por lo tanto podríamos decir que son la excepción que confirme la regla), ese Acuerdo de Voluntades crea obligaciones específicas entre las partes, es decir, se dan los supuestos contenidos en el artículo 1793 -

11. Tesis relacionada con Jurisprudencia 233/85, Séptima Época, Tercera parte, volúmenes 133-158, pág. 65.

12. Amparo Directo 5741/1971 Compañía Americana de Fianzas, S.A., Agosto 20 de 1975 5 votos. Ponente: Maestro Agustín Téllez Cruces.
Sala auxiliar informe 1975 tercera parte, pág. 74.

del Código Civil para los contratos. Decimos que crean obligaciones recíprocas porque la Fianza de Empresa por disposición de la Ley (artículo 1° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), deben de expedirse a título oneroso (característica fundamental de las Fianzas de Empresa), o sea que existen provechos y gravámenes recíprocos, en donde por una parte la Afianzadora se compromete a cumplir por el deudor - en caso de que este último no lo haga (objeto), y por la otra, el fiado o solicitante se obligan a pagar una suma determinada de dinero por el otorgamiento de esa garantía. Como podemos observar, se dan los dos elementos de existencia de los contratos que son: consentimiento y objeto.

Pero el problema de la Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa no termina aquí, es más, me atrevería a decir que es aquí donde comienza. Así pues, algunas personas aseguran que la Fianza de Empresa efectivamente es un Contrato, pero con una estipulación a favor de terceros; otra corriente asevera que la Fianza de Empresa es una Declaración Unilateral de Voluntades hecha en ejecución de un CONTRATO, pero desvinculada después del mismo; otra teoría considera que la Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa resulta de una estipulación a favor de terceros, nacida ésta como una declaración unilateral de voluntad e incluso hay quien asegura que la Fianza de Empresa es simple y llanamente una Declaración Unilateral de Voluntad.

Por ahora y toda vez que acabamos de analizar la figura del contrato, hablaremos de la corriente que considera que la fuente de la Fianza de Empresa es un contrato con estipulación a favor de terceros.

Sin duda alguna uno de los principales defensores de esta teoría es el Maestro Luis Ruíz Rueda, el cual en sus diversos testimonios escritos dejó plasmado su pensamiento. -- El Maestro Ruíz Rueda considera que el Contrato de Fianza y Obligación Fiadora son dos conceptos diferentes, por lo tanto vale la pena mencionar esta distinción para que no surjan -- posteriormente confusiones de ideas.

Así pues, el Maestro Ruíz Rueda define al Contrato de Fianza como aquel en virtud del cual una persona, llamada -- Fiador, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, y por Obligación Fiadora la accesoria que contrae el Fiador para garantizar el pago de la deuda ajena, o sea que utiliza -- la expresión Obligación Fiadora para referirse a la obligación accesoria del fiador. Sin embargo admite que a la Obligación Fiadora, en el lenguaje de la Ley se le designa también con el nombre de "Fianza"¹³, por tal motivo marenos estas dos últimas denominaciones como sinónimos.

13. Ruíz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa. Estudios Jurídicos", Edición conmemorativa realizada por Fianzas México, S.A., México, D.F., 1985, pág. 46.

Toda vez que no existe reglamentación jurídica que exprese una denominación concreta y clara de la Fianza de Empresa, muchos autores intentan definirla tomando en consideración el contenido del artículo 2794 del Código Civil vigente para el D.F., el cual textualmente dice: "La Fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace". Esta definición resulta totalmente errónea para la Fianza de Empresa -- por diversos motivos.

Primeramente el artículo citado parece establecer que -- la fianza sólo puede contratarse entre fiador y acreedor, -- cuestión que resulta inapropiada para la Fianza de Empresa, -- ya que ésta, por regla general, se contrata entre fiador y -- fiado o deudor principal.¹⁴

Resumidamente mencionaré la explicación que da el Maestro Ruíz Rueda a lo anteriormente esgrimido: Menciona que -- hasta 1932 en que entró en vigor el Código Civil para el D.F., no era permitido en México celebrar contratos a favor de terceros, toda vez que nuestros anteriores códigos civiles -- se encontraron bastante influenciados por diversas legisla--

14. Decimos que la Fianza de Empresa se contrata por regla -- general entre fiador (afianzadora) y fiado (deudor principal), porque como ya analizamos, existen excepciones -- como la que se da en la fianza de fidelidad (fiador-acree -- dor) y algunas penales (fiador-solicitante).

ciones europeas en donde se encontraba consignada la máxima-- del Derecho Romano ALTERI STIPULARI NEMO POTEST, que significa que nadie puede estipular para otro, es decir, que los contratos sólo producen efectos entre quienes los otorgan.

Sin embargo -afirma el Maestro Ruíz Rueda- Alemania -- acabó con esta máxima milenaria e introdujo en su Código Ci--vil la regla de que se podía estipular a favor de terceros, -- y cuyo ejemplo siguió México en el mencionado Código de 1928, que entró en vigor en 1932, en los artículos 1868 in fine, -- aunque erróneamente clasificó a la estipulación a favor de -- terceros como una declaración unilateral de voluntad.¹⁵

Así pues, el Lic. Ruíz acevera que la Fianza de empresa es un contrato celebrado entre fiador y fiado con una estipulación a favor del acreedor y utiliza diversos fundamentos para llegar a tal conclusión.

Primeramente, analiza el artículo 2;96 del Código Civil-- para el D.F., y menciona que aunque

"en dicho artículo se hace constar que el contrato de fianza puede perfeccionarse ya sea que el fiado consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga, esto no quiere decir -- que el deudor principal o fiado, no pueda cele-

15. Ruíz Rueda, Luis: "El Contrato de...", Op.Cit., pág. 85.

brar el contrato de fianza con el fiador, a favor del acreedor sin que este último sea parte en tal Acto Jurídico: simplemente debe entenderse, como es obvio, que si el contrato se celebra entre fiador y acreedor, carece totalmente de importancia jurídica la voluntad del fiado o deudor principal, por ser un tercero extraño al contrato".¹⁶

"Este mismo artículo (2796), considera la hipótesis de que el fiado consienta la garantía y no solamente las otras dos: de la Ignorancia y de la Oposición, por lo que se podría llegar a concluir que la primera hipótesis, la del consentimiento, contempla la fianza contratada entre fiador y deudor principal a favor del acreedor, lo que se reforzaría por el hecho de que el texto legal habla de consentimiento y no simplemente de asentimiento que sólo significa admisión".¹⁷

Asimismo y en un afán de fortalecer aún más su criterio sobre la Naturaleza de la Fianza de Empresa, el Maestro Rueda analiza el contenido del artículo 2794 del Código Civil, el cual define a la fianza, y que ha transcritos en páginas anteriores, y al respecto menciona

"No hay necesidad siquiera de llamar la atención acerca del significado del verbo "Comprometer", -- que sólo la acepción jurídica que tiene en la expresión "comprometer en árbitros", no tiene más -- que la acepción vulgar de asumir una obligación -- cuando se usa como reflexivo, como en el artículo 2794 -- es obvio que se pueda asumir una obligación no sólo mediante un acuerdo de voluntades, sino también por otros medios que la ley establece

Es decir, el verbo reflexivo "comprometerse" no significa celebrar un contrato, sino solamente ad

16. Ídem, pág. 34.

17. Ruiz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa...", Op.Cit., pág.52.

quirir una obligación para con alguien. Esta obligación bien puede asumirla el fiador mediante un contrato celebrado con el acreedor directamente, como ocurre por lo general en la fianza de Derecho Común (Civil), o bien, en un contrato celebrado por el fiador con el fiado, con estipulación a favor del acreedor. Este último procedimiento es perfectamente legal desde que en el Código de 1928 se estableció como fuente general de las obligaciones la estipulación a favor de terceros".¹⁸

De esta forma, el Lic. Ruíz Rueda concluye que el Contrato de Fianza se celebra por regla general¹⁹ entre fiador (afianzadora) y fiado o solicitante.²⁰

Pasemos ahora a estudiar conceptos utilizados por el autor citado para concluir que de esa relación contractual, a que hemos hecho referencia, nace una estipulación a favor de un tercero o acreedor.

Basándose en la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, principalmente en el artículo III de la sección primera de los transitorios "en el cual, a la vez que se sienta la regla de la consensualidad del contrato, se establece claramente que la póliza no es un documento constitutivo de la obli-

18. Idem, pág. 93.

19. Recordemos la excepción impuesta en las fianzas de fidelidad.

20. Cuando se trata de fianzas penales es el solicitante (diverso del fiado) el que normalmente contrata con la afianzadora ya el fiado se encuentra inhabilitado para llevar a cabo tal acto.

gación fiadora, sino simplemente medio probatorio, es tan sólo un testimonio del contrato y no la expresión de una voluntad unilateral, creadora de obligaciones".²¹ El referido artículo establecía:

"III. El contrato de fianza onerosa que otorguen -- las Instituciones de Fianzas, deberá probarse por escrito y al efecto, estarán obligadas a expedir a los interesados una constancia: en forma de póliza que contendrá: ... F) además, las estipulaciones - que convengan a las partes".

En virtud de lo transcrito, el Maestro Rueda asegura -- que la póliza es un documento probatorio del Contrato de -- Fianza de Empresa, sin embargo no acaban ahí sus conjeturas, continúa manifestando que la póliza es aparte de ser el medio idóneo para hacer saber al tercer beneficiario que se ha estipulado la garantía personal de la Institución Fiadora y -- "es también la constancia de la aceptación de la propuesta - del oferente por la Institución de Fianzas, ya que la expedición del documento que es constancia del contrato constituye esa aceptación tácita, cuando no se haya expresado antes".²²

Así pues, como podemos apreciar, el autor citado considera que la Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa se encuentra en una estipulación a favor de tercero, entendi-

21. Ruíz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa...", Op.Cit., pág.53.

22. Idem, pág. 54.

do a esta última, no como una declaración unilateral de voluntad, "como erróneamente se establece en nuestro Código Civil vigente"²³, sino como una relación contractual, y manifiesta sobre este particular: "por otra parte, no poco ha contribuido a este error el otro de técnica legislativa en que incurrieron los autores de nuestro Código vigente, al clasificar la estipulación a favor de tercero como una forma de declaración unilateral de voluntad, con manifiesta falta de lógica".²⁴

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de diversas tesis jurisprudenciales también se ha unido a la teoría de considerar a la Fianza de Empresa como un contrato con estipulación a favor de tercero.

Un caso concreto de lo anterior, se puede observar de manera clara y aplicando al caso que nos ocupa, en la sentencia dictada en el amparo en revisión No. 5013/56 promovido por Fianzas México, S.A. ante el Juzgado Segundo de Distrito en materia administrativa, donde se puede leer lo siguiente:

"Ahora bien, al alegar en la forma en que lo hacen las responsables, olvidan la naturaleza del contrato de fianza, que desde el punto de vista jurídico

23. Ruíz Rueda, Luis: "El Contrato de...", Op.Cit., pág. 90.

24. Iden, pág. 92.

es una estipulación a favor de tercero perfeccionándose el contrato en los términos del artículo 1870 del Código Civil vigente, en relación con el 1796 del propio Código, con el simple consentimiento expresado en la forma señalada en la Ley de Fianzas antes citada y por consiguiente, el tercero a cuyo favor se hace la estipulación, no es propiamente parte en el contrato, que sólo celebran la Institución Fiadora y el solicitante de la fianza".²⁵

La postura de la Suprema Corte de Justicia es clara en cuanto a la naturaleza de la Fianza de Empresa, al considerar a la misma como un contrato con estipulación a favor de tercero, sin embargo es importante apreciar cómo la misma Suprema Corte, en forma determinante, considera a la estipulación a favor de tercero como una consecuencia de un contrato, y no como una declaración unilateral de voluntad como establece el Código Civil. Sobre el particular me permitiré transcribir segmentos del considerando segundo de la referida resolución debido a que lo considero de gran importancia, ya que aunado a lo que opinan otros autores sobre la estipulación a favor de terceros, podremos llegar a una conclusión más clara sobre la naturaleza de la Fianza de Empresa.

Así, el mencionado considerando establece:

"Es conveniente, sin embargo, no dejar de examinar la aseveración de la recurrente, de que resulta --

25. Amparo en revisión 5013/56/1a. Ponencia del MAGISTRADO-Franco Carreño, Srío. Lic. Niceforo Olea Mendoza.

del todo absurdo el criterio que sustenta el Juez de Distrito acerca de que el contrato de fianza es desde el punto de vista jurídico una estipulación a favor de tercero, por estimar que si es lo primero, no puede ser lo segundo, y viceversa. Absurdo significa lo que es contrario y opuesto a la razón. Ahora bien, no es contrario ni opuesto a la razón que dos partes contratantes estipulen (o convengan o pacten) que la prestación objeto de la obligación creada por el contrato sea en provecho, o a favor de un tercero ajeno al contrato. No sólo no es contrario a la razón, sino que tampoco es contrario a la Ley... El artículo 1868 del Código Civil citado (del Distrito Federal), previene que en los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de tercero y el artículo 1870 dice que en ese caso, "El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato"; luego lo asentado por el Juez de Distrito, no es absurdo ni antijurídico. En efecto, las fianzas a favor de la Hacienda Pública que otorgan las compañías son, en primer lugar, contratos porque: a) Nacen de un acuerdo de voluntades entre la fiadora y el proponente de la Fianza; b) Ese acuerdo de voluntades crea obligaciones recíprocas para las partes;... estas empresas (instituciones de fianzas), solamente pueden otorgar fianzas a título oneroso, y para ellos es indispensable que haya contrato que cree provechos y gravámenes recíprocos, como lo establece el artículo 1838 del Código Civil. No puede, en consecuencia, ser otra la fuente de la obligación de la institución fiadora; no puede nacer de una declaración unilateral de voluntad, porque ésta sólo puede crear obligaciones gratuitas a favor del destinatario de esa declaración y nunca crear dudas a cargo del mismo... Por ello, en doctrina se le llama muchas veces contrato a favor de tercero, en vez de estipulación a favor de tercero, expresiones, que por lo demás, sin perfectamente equivalentes.

En suma, el contenido del articulado el Código Civil, que reglamenta la estipulación a favor de tercero, establece que ésta es un acuerdo de voluntades que crea derechos (contrato, según los artículos 1792 y 1793) a favor de un tercero, es decir de quien no es contratante, aunque sea beneficiario... Esta clasificación de una especial forma de contratar, como declaración unilateral de voluntad, a pesar de ser un acuerdo de voluntades, es notoriamente una contradicción, algo que si se opo

ne a la razón, puesto que una cosa no puede ser o no ser al mismo tiempo; pero no puede atribuirse - al Juez a quo, sino únicamente al Código Civil, -- que al reglamentar una forma de contratación, es - decir, de acuerdo de voluntades, lo hace en un capítulo denominado de la declaración unilateral de voluntad. La explicación es obvia: los códigos son ordenamientos legales, es decir, colección de normas jurídicas, pero no tratados de derecho, y cuando el legislador se sale del campo normativo, para invadir el doctrinario, muchas veces se contradice y aún llega al absurdo, como es el de llamar declaración unilateral de voluntad a lo que es un acuerdo de voluntades.²⁶

Como podemos observar, la Suprema Corte de Justicia -- coincide con el Maestro Ruíz Rueda, en el sentido de considerar a la Fianza como una estipulación a favor de tercero, de origen contractual y no como declaración unilateral de voluntad.

Sobre este particular, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González considera a la estipulación a favor de tercero como -- una excepción al principio res inter alias acta, "pero no en perjuicio de persona considerada como tercero, sino en beneficio".²⁷

Así propone el siguiente concepto sobre la referida fi-

26. Iden anterior, considerando segundo.

27. Gutiérrez y González, Ernesto: "Derechos de las Obligaciones", Quinta Edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México, Pág. 382.

gura: "Es una cláusula en virtud de la cual en un contrato o en un testamento, una parte o el testador, declaran que la otra parte o un legatario prometan realizar determinada prestación a favor de otro".²⁸

Este autor divide a la estipulación a favor de tercero o dos actos jurídicos diferentes: El Contrato y El Testamento, de donde resultan consecuencias jurídicas totalmente diversas.

Por lo que se refiere al Testamento, indudablemente se trata de un acto unilateral de voluntad, personalísimo y que elimina por completo la idea de una convención, motivo por el cual no abundaremos más sobre el mismo.

En lo referente a la estipulación en un Contrato, el Lic. Gutiérrez y González, menciona que se trata de una cláusula en el mismo, en donde se derivan derechos y obligaciones tanto para el estipulante como para el promitente, mencionando que este último tiene la obligación de cumplir con la promesa que hizo al estipulante, pero también tiene el derecho de oponer al tercero todas las excepciones derivadas del contrato que celebró con el estipulante, así como de exigir al estipulante que cumpla con las cláusulas del contrato

28. Idem, pág. 382.

a efecto de que él pueda dar cumplimiento al beneficio que--
deba recibir el tercero, e inclusive puede negarse a cumplir
lo pactado, mientras no se le cumpla lo ofrecido. "Tiene el
derecho de excepción de contrato no cumplido".²⁹

Entonces en la Fianza de Empresa, (en caso de aceptar -
como valedero que la misma sea un contrato con estipulación-
a favor de tercero), la Afianzadora sería la promitente mien-
tras que el fiado (o solicitante o proponente), sería el es-
tipulante, por lo cual nos surgiría una interrogante: ¿po-
dría la afianzadora dejar de pagar por el fiado en caso de -
incumplimiento de éste ante tercero, si el solicitante o pro-
ponente (que como ya vimos puede ser el mismo fiado) deja de
pagarle la prima correspondiente?. Considero que sí, ya que
es una excepción que podría oponer la afianzadora por incum-
plimiento de contrato, sin embargo, por ética y profesiona-
lismo de todas las Instituciones Afianzadoras, es una excep-
ción que nunca se hace valer. Así el artículo 1832 del Cód-
igo Civil vigente establece: "El promitente podrá, salvo pac-
to en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas
del contrato".

En coincidencia con el Lic. Gutiérrez y González, el --
Dr. José de Jesús Ledezma dice, que la estipulación a favor-

29. Idem, pág. 384.

de tercero no nace de una declaración unilateral de voluntad, sino del contrato,

"puesto que la sola declaración no se produciría -- sino a cambio de la contraprestación del estipulante. En consecuencia definitivamente, esa obligación nace y se cumple a consecuencia de un contrato, y no se puede ver al contrato como tal y a uno de sus elementos como algo que no es contrato, que sería el elemento consistente en la voluntad del promitente, puesto que esta voluntad, una vez integrado el consentimiento, ha dejado de jugar la función de negocio jurídico autónomo, y no hay razón para aislarla del contrato, cuando ya carece de -- sustantividad propia, puesto que ya cumplió su misión de integrar el Acto Jurídico Contractual".³⁰

En el caso de la estipulación hecha en un contrato, el derecho del tercero nace en el momento mismo que el contrato se perfecciona tal y como lo establece el artículo 1870 el Código Civil vigente en el Distrito Federal, que a la letra dice: "El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes -- conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido -- contrato".

Así tratándose de Fianzas Expedidas por instituciones -- concesionadas para tal efecto, encontramos que por costumbre el contrato se perfecciona al manifestar éstas (las afianza-

30. Ledezma, José de Jesús: Notas México 1949, citado por el maestro Gutiérrez y González Ernesto en su Obra Citada.

doras), su consentimiento a la propuesta o solicitud que se le presentó, lo cual hacen mediante la expedición de la póliza que debe contener los requisitos que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas le impone.

Así, por todo lo anteriormente expuesto, considero que esta teoría es la más aplicable para explicar la naturaleza de la obligación que asumen las Afianzadoras, sin embargo como ya hemos visto, esta no es general, ya que algunas veces puede ser un simple contrato (algunas fianzas de fidelidad) pasan al final en obligación la fuente de dicha obligación.

Sin embargo, y antes de expresar mi conclusión sobre este tema, considero de gran importancia hacer mención a otras teorías que también intentan explicar este punto, las cuales son al igual que sus exponentes, muy respetables y con un gran sentido reflexivo.

Una de estas tesis o teorías que intentan explicar la Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa, encontramos que dice que se trata de una declaración unilateral de voluntad en ejecución de un contrato, pero desvinculada después del mismo. Esta tesis intenta explicar la fuente de la obligación fiadora a través del desdoblamiento de la operación de fianza de empresa y que fue contemplada por primera vez por el Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de

Banqueros de México en su estudio "Notas sobre la naturaleza y caracteres de la fianza onerosa mercantil", de 1946 y al cual se han adherido estudiosos de la materia como los Licenciados Ramón Concha Malo y Cervantes Altamirano. En dichas notas se menciona que en

"La Fianza Onerosa Mercantil (lo que nosotros hemos nombrado Fianza de empresa), son necesarios dos actos jurídicos distintos, aun cuando relacionados entre sí -relación de causa a efecto, podría decirse-, o sean, el contrato para la expedición de la póliza de fianza que celebra el solicitante y la institución de fianza y la póliza de fianza propiamente dicha, que aquella otorga al beneficiario, quien asume la posición del acreedor de la Fianza Civil".³¹

Es decir, el criterio sostenido por el Comité de Instituciones de Fianzas, se basa en dos actos jurídicos diversos que es el contrato celebrado entre el solicitante y la afianzadora, así como la declaración de voluntad de esta última con el tercero acreedor-beneficiario que es "lo que propiamente constituye la Fianza".

El problema que existe en cuanto al desdoblamiento de la operación de la Fianza de Empresa, se da primeramente en el contrato que celebra entre solicitante o proponente (que no siempre es el fiado), y la Afianzadora. Sobre este punto el Comité referido asevera que el objeto inmediato y directo de dicho contrato, es la expedición de la póliza mediante el

31. Rufz Rueda, Luis: "Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos", Op.Cit., pág. 39.

pago de una prima³², es decir, nacen derechos y obligaciones para ambas partes, una de pagar una cierta cantidad de dinero, y la otra de expedir una póliza de fianza, siendo esta póliza "el documento en el cual se consigna la responsabilidad que la Institución de Fianzas asume unilateralmente frente al beneficiario, de pagar o cumplir por el fiado si éste no lo hace".³³

Sobre este particular considero que existe un gran error en esta teoría, al considerar que el objeto del contrato de fianza, es la expedición de la póliza, ya que esto resulta inadecuado toda vez que, como ya vimos en páginas anteriores, el objeto del contrato de fianza es contraer la obligación por parte de la afianzadora de garantizar una deuda ajena, es decir, de cumplir en defecto de otro, y no de expedir un simple documento justificativo, como es la póliza, la expedición de ésta es parte de las obligaciones que contrae la afianzadora, en el contrato mismo, y por disposición de la Ley (artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) mas no constituye el objeto del contrato, más aún, podemos decir que es la constancia de aceptación que hace la Afianzadora a la propuesta o solicitud que se le hizo además de ser el medio más idóneo de hacer saber al tercero beneficiario, que se ha estipulado una garantía personal a su favor.

32. Iden, pág. 50.

33. Iden, pág. 51.

Sobre lo anterior, es importante transcribir el pensamiento del Licenciado Ruiz Rueda, que dice que "el contrato de expedición de póliza no puede ser contrato de garantía, puesto que para la constitución de ésta se requiere el segundo acto jurídico unilateral, la declaración unilateral de voluntad, que se califica de extracontractual".³⁴

En efecto, si la tesis que se analiza se tuviera como válida, la garantía personal en sí misma se daría hasta el momento en que la afianzadora manifestara su declaración unilateral de voluntad a través de la expedición de la póliza, entonces no se puede considerar al contrato realizado entre solicitante y afianzadora como de garantía, ya que la celebración del mismo no constituye en sí -según la tesis del Comité- la garantía personal que pretende el solicitante.

Además de lo anterior, se aceptamos que la póliza constituye en sí la garantía, y dicha póliza se deriva de una declaración unilateral de voluntad por parte de la fiadora -- cómo es posible que el mencionado documento pueda contener las estipulaciones que las partes convengan? Así lo establecía el inciso c) del artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas antes de la última reforma del 5 de enero de 1990.

34. Idem, pág. 56.

Es de todos conocido que las pólizas que utilizan las afianzadoras están hechas conforme a formatos ya establecidos por las mismas compañías, sin embargo en dichas pólizas - a solicitud del proponente - pueden anexarse o manifestarse ciertas cláusulas que le sean necesarias (con la aceptación de la afianzadora), lo que nos llevaría a la conclusión de que en dichas pólizas pueden haber estipulaciones que se hayan convenido entre los contratantes originales, lo cual desvirtúa que sea, entonces, una declaración unilateral de voluntad.

Otra interrogante que surge al analizar esta tesis, es la que se da en cuanto a las primas que en forma anual y por adelantado se obliga a pagar el solicitante o interesado en que se expida la garantía. Si se diera el contrato de expedición de póliza, diríamos que el solicitante se vería obligado a pagar una prima por la sola expedición de la póliza, y una vez acontecido esto, dicho contrato hubiere cumplido su objetivo y por lo tanto tendría que fenecer, es decir, la afianzadora realizó su prestación única (expedición de la póliza) y el solicitante su pago (de la prima). Sin embargo ¿por qué en dicho acto el solicitante o proponente se obliga a seguir pagando una prima anual y por adelantado mientras dure la garantía, si ésta no nace del contrato sino de otro acto jurídico diverso?

Dado este cuestionamiento, podemos decir que el solicitante busca que la compañía afianzadora dé su garantía personal contra el pago de una prima, por tal motivo, el objeto del contrato es que la fiadora se obligue como tal ante el acreedor, por lo tanto es indiscutible que esta garantía tiene su fuente en el contrato porque sólo de él pueden nacer prestaciones y contraprestaciones, o sea que se da el carácter oneroso que la Ley exige al producir consecuencias recíprocas para ambas partes. Sobre este particular, el Maestro Ruf: Rueda dice

"si la garantía nace de un acto jurídico unilateral, es gratuita y no onerosa como la Ley exige; y si la garantía es realmente onerosa, porque es la prestación de la fiadora que tiene como contraprestación la prima que paga el estipulante de la fianza, ésta es onerosa, pero no extracontractual sino que nace precisamente del contrato".³⁵

En virtud de lo anterior, es que me adhiero a la tesis de considerar a la Fianza de Empresa un contrato con estipulación a favor de tercero. No obstante y de una manera muy respetuosa, me gustaría hacer mención en este trabajo de los argumentos de algunos estudiosos de la materia que se encuentran a favor del desdoblamiento de la Fianza de Empresa.

El Lic. Cervantes Altamirano menciona en su estudio de-

35. Idem, pág. 56.

nominado "Fianza de Empresa", que esta tesis "es incapaz de explicarnos el nacimiento de las obligaciones que como fiadoras contraen las compañías; pero como solución de Legis Ferenda, es digna de considerarse"³⁶, y para tratar de explicarnos menciona el mecanismo de la misma de la siguiente forma:

"Las Instituciones Afianzadoras siempre celebran un contrato con la persona interesada en que se otorgue la garantía... el oferente contrae la obligación de pagar la prima convenida y la afianzadora... asume la obligación de hacer... en estas circunstancias, es factible imaginar que el objeto de la obligación consista en hacer una declaración en forma unilateral. Si así sucediera, únicamente la persona que contrató con la compañía tendría el derecho de exigir a ésta el cumplimiento de dicha obligación, pues para el futuro acreedor todavía no habrían nacido derechos, por ser un acto inter alios".³⁷

No obstante que el mismo Lic. Cervantes Altamirano dice que esta tesis que intenta explicar la naturaleza jurídica de la Fianza de Empresa "de estricto derecho positivo, no es posible admitir dicha solución".³⁸ Sobre este punto daré a conocer los motivos por los cuales no estoy de acuerdo con dicha teoría.

Primeramente considero que el derecho del acreedor beng

36. Cervantes Altamirano, Efrén: "Fianza de Empresa", Tesis Profesional UNAM, México, D.F., 1955, pág. 379.

37. Cervantes Altamirano, Efrén: Op.Cit., pág. 379.

38. Idem, pág. 381.

ficiario nace en el momento en que se perfecciona el contrato, es decir, cuando el solicitante paga la prima correspondiente y la compañía afianzadora manifiesta su consentimiento -tásito o expreso- de cumplir en defecto de otro; desde este momento el tercero beneficiario puede exigir del promitente (afianzadora), la prestación a la que se ha obligado, es decir, a cumplir por el deudor u obligado principal en caso de incumplimiento del mismo. Así el artículo 1870 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece: "el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato".

En el caso de la Fianza de Empresa por regla general, las afianzadoras manifiestan su consentimiento con la expedición de la póliza correspondiente, ya que por disposición de la materia es obligatorio que la misma se expida, pudiéndose poner dentro del contenido de dicha póliza algunas estipulaciones³⁹ que las partes consideren necesarias o indispensables, además de los otros requisitos que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas exige en su artículo 117. Aunque--

39. En este sentido entendemos como estipulación a la cláusula que se puede dar dentro de un contrato o convenio, siguiendo al Maestro Rafael de Pina en su Diccionario Larousse, así como el Diccionario para juristas de Juan Palomar de Miguel: "Cada una de las disposiciones de un documento particular o público" o bien como sinónimos de "cláusula o condición según el Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos de Sáinz de Robles.

el inciso c), de dicho artículo fue derogado por las reformas del 5 de enero de 1990, es factible y apreciable que dentro de las Pólizas expedidas, las Afianzadoras se puedan incluir ciertas cláusulas o estipulaciones que consideren oportunas o necesarias las partes o, más aún por exigencia de la parte beneficiaria.

Por tal motivo, no considero que el derecho del tercero acreedor nazca hasta que la afianzadora realice su declaración unilateral de voluntad al expedir su póliza de fianza, ya que, como hemos dicho, el objeto del contrato es que la afianzadora cumpla en defecto de otro, en tal caso al manifestar su consentimiento a la propuesta o solicitud hecha por el estipulante y una vez cumplida la contraprestación por parte de este último la afianzadora tiene la obligación de expedir la póliza⁴⁰ con las cláusulas que las partes consideren necesarias, pero esta expedición no es una declaración unilateral de voluntad, sino un documento comprobatorio (justificativo) de la obligación que ha asumido.

El autor que estamos analizando menciona que para el acreedor no nace ningún derecho del contrato celebrado entre el solicitante y la afianzadora ya que se trata de un acto inter alios.

40. El diccionario para juristas de Juan Palomar de Miguel nos dice que la Póliza "Es el documento que justifica el contrato de seguro, operaciones en bolsa y otras negociaciones.

Esta máxima del Derecho Romano se estableció en nuestro Derecho en el Código Civil en 1870 en su artículo 1393, el cual fue reproducido textualmente en el numeral 1277 del Código Civil de 1884 en donde se disponía: "los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan". Sin embargo, nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal no asentó -- tal disposición, más aún, permitió que en los contratos se hicieran estipulaciones a favor de terceros, en las cuales -- este último adquiriera derechos, disponiéndolo así en su artículo 1868 que a la letra dice: "en los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de terceros, de acuerdo con -- los siguientes artículos".

Otras dos excepciones más que encontramos a este principio de Derecho Romano (los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan), son las que se consignan en los artículos 1409 del Código Civil citado y 41 de la Ley Federal -- del Trabajo.⁴¹

El artículo 2409 referido, establece:

"si durante la vigencia del contrato de arrendamiento por cualquier motivo se verificare la transmisión de la propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato." Respecto al pago de las rentas, el arrendatario --

41. Gutiérrez y González, Ernesto: Op.Cit., pág. 381.

tendrá la obligación de pagar al nuevo propietario la renta estipulada en el contrato desde la fecha en que se le notifique judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos haberse otorgado el correspondiente título de propiedad, aun cuando alegue haber pagado al primer propietario, a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el mismo contrato de arrendamiento".

En este caso, el contrato de traslación de dominio que se celebra no sólo produce efectos entre sus contratantes, sino también al tercero arrendatario.

De igual forma el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, es otra excepción a la máxima que estamos analizando, ya que al referirse a la sustitución patronal establece:

"La sustitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas por las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de sustitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.

El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiere dado aviso de la sustitución al sindicato o a los trabajadores".

Como podemos observar, el contrato celebrado entre el antiguo patrón y el nuevo, no sólo afecta a los contratantes sino sus efectos llegan a un tercero (trabajador) el cual sigue laborando conforme a su contrato original y conservando los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

Así pues podemos decir que lo manifestado por el Lic. - Cervantes Altamirano respecto de que el derecho del tercero-beneficiario no nace al perfeccionarse el contrato entre el que solicita la fianza y la afianzadora por ser un acto inter alios, no es del todo satisfactorio, como consecuencia y aunado a todo lo que se ha esgrimido, desechamos que la tesis que estamos analizando y que intenta explicar la naturaleza jurídica de la Fianza de Empresa, sea válida.

El mismo autor mencionado al referirse a esta tesis dice:

"sin embargo, este argumento no nos sirve para considerar como válida y productora de efectos, la declaración unilateral de voluntad hecha en ejecución de contrato, pues es evidente que a esa declaración, el derecho no le reconocería eficacia por tiempo indefinido".⁴²

Sobre esta teoría que estamos analizando, el Maestro -- Ruiz Rueda dice:

"la pretendida declaración unilateral no tiene como objeto la estipulación a favor de tercero: estipulación es lo mismo que contrato en nuestro jurídico moderno y esta estipulación no tiene como causa (fuente), un acto unilateral. Es evidente la confusión de ideas, totalmente inaceptables... Se olvida plenamente que la promesa del promitente está

42. Cervantes Altamirano, Efen: Op.Cit., pág. 382.

hecha al estipulante y no al tercero y por lo tanto, basta la aceptación de dicho estipulante para que nazca la obligación del promitente hacia el --tercero.

El artículo 1870 del Código Civil para el Distrito Federal con claridad meridiana dice que el derecho del tercero nace en el momento en que se perfecciona el contrato. No se puede decir más claramente que el contrato a favor de tercero es causa del nacimiento del derecho a favor de éste. ¿Dónde hay espacio entre el perfeccionamiento del contrato y el nacimiento del derecho del tercero para otro acto jurídico unilateral que se haría constar en el contrato?⁴³

Independientemente de todo lo aquí esgrimido, existen otros autores que consideran a la tesis en estudio, como la adecuada para explicar la fuente jurídica de la fianza de empresa, motivo por el cual de una manera muy respetuosa anotaré en este trabajo sus puntos de vista, con el fin de tenerlos en consideración para lograr un mejor objetivo en este estudio.

Así, el Maestro Rojina Villegas nos dice:

"aún cuando la fianza se caracteriza como contrato, en los casos de fianza judicial o de fianza otorgada en póliza por una institución legalmente facultada, en nuestro concepto dichos actos tienen el carácter de unilaterales, es decir, no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre acreedor y fiador o consentimiento, más aún ni siquiera se exige la intervención del acreedor o se-

43. Ruiz Rueda, Luis: Fianza de Empresa...": Op.Cit., pág. 74.

le da posibilidad legal de intervenir".⁴⁴

Sobre este concepto coincido con el Maestro Rojina Villagas en el sentido de que la fianza judicial civil es un acto unilateral de voluntad del fiador, sin embargo tratándose de la fianza que hemos denominado de empresa, mi opinión es divergente con la del referido catedrático por lo siguiente:

Es correcto que en ocasiones no es necesario el consentimiento del acreedor y que ni siquiera se exige su intervención, sin embargo tenemos que recordar que la fianza expedida por compañía afianzadora, por disposición de la Ley de la materia, debe ser onerosa, es decir, deben de existir dos partes contratantes que se estipulen derechos y gravámenes recíprocos.

Así es que cuando la voluntad del acreedor no existe, debe de haber otra voluntad, que es la del interesado en que se dé la garantía personal y que en muchas ocasiones es el propio deudor principal o fiado, por lo tanto no es posible que la fianza a que nos estamos refiriendo se expida de una forma unilateral, más aún en las fianzas conocidas como de-

44. Citado por Ruiz Rueda en la obra mencionada en Pie de página anterior.

fidelidad, sí existe un contrato entre afianzadora y acreedor, por tal motivo tampoco cabe la posibilidad de que la fianza nazca de una declaración unilateral de voluntades.

El propio Lic. Rojina expresa que:

"en cuanto a la fianza, cuando el acreedor paga al fiador por virtud del contrato mismo, una cantidad a título de prima o compensación, como ocurre en las fianzas que otorgan las compañías legalmente constituidas para ese fin, el contrato entonces tiene el carácter de aleatorio conforme al artículo 1838...".⁴⁵

Admite que cuando existe el pago de una prima (lo cuales obligatorio en las fianzas de empresa), se trata de un CONTRATO ALEATORIO, o sea que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos aunque se desconoce al momento de la celebración si la afianzadora deberá pagar su obligación fiadora, así como también se desconoce el número de primas periódicas y por adelantado que deberá pagar la contratante.

Desde este punto de vista podemos decir que la obligación de la afianzadora es precisamente la de otorgar una garantía personal mientras que la del solicitante o proponente es la de pagar una prima durante todo el tiempo que dure vigente esa garantía, por lo tanto si estas obligaciones nacen del contrato ¿cómo sería posible que la afianzadora reclama

⁴⁵Rojina Villegas, Rafael: Op.Cit., pág. 334.

se el pago de dichas primas si la expedición de la póliza o el otorgamiento de la garantía fuesen hechos por una declaración unilateral de voluntad de la afianzadora?. El artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

"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 otra parte, si la fuente de la fianza de empresa fuera la declaración unilateral de voluntad en ejecución de un contrato pero desvinculada después del mismo ¿cómo es posible que el fiado quede obligado a informar a la afianzadora acerca de todos los hechos judiciales o extrajudiciales que signifiquen cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada o bien de la extinción de la fianza (comúnmente se obliga ante la afianzadora a través de su solicitud o propuesta), si se encuentra totalmente desligado de dicha declaración unilateral?.

También el Lic. Ramón Concha Malo se adhiere a la teoría del desdoblamiento de la operación de la fianza de empresa al establecer en su tesis "Fianza Civil Mercantil y de Empre

sa -exposición sistemática-" los siguientes argumentos:

"la afianzadora para cumplir con la obligación contraída en el contrato solicitud, emite una declaración de voluntad ante el acreedor, y por ende la fuente de la obligación fiadora es una simple declaración unilateral de voluntad".⁴⁶

"...no existe ningún impedimento jurídico para que exista una obligación nacida de contrato, que tenga por objeto un hacer consistente en un obligarse ante un tercero y que por consecuencia la obligación de este tercero tendrá como fuente la simple y llana declaración de voluntad del obligado".⁴⁷

Después de analizar el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el autor que estamos analizando dice:

"...o sea que la afianzadora se obliga a emitir su póliza a favor del acreedor y en este acto, sólo interviene la voluntad de la fiadora, esto es, estamos frente a una declaración unilateral de voluntad reconocida por la ley".⁴⁸

Por último y a manera de conclusión el Lic. Concha Malo menciona:

"a) La Fianza de Empresa tiene su fuente en la declaración unilateral de voluntad de la empresa afianzadora, hecha al emitir la póliza, y en ejecución de la obligación contraída, en ese sentido en el contrato solicitud..."

"b) Dicha declaración unilateral de voluntad da nacimiento a una obligación abstracta, lo que implica satis-

46. Concha Malo, Ramón: Op.Cit., pág. 263.

47. Iden, pág. 263.

48. Iden, pág. 264.

factoriamente, a nuestro parecer, la inoponibilidad hacia el acreedor de excepciones derivadas del contrato solicitud.

Lo anterior nos hace expresar esta observación: que la teoría de la obligación abstracta no explica en sí la fuente de la obligación fiadora, por lo que no podemos considerarla como una teoría autónoma, sino más bien, complementaria de la tesis sostenida por el Comité de Instituciones de Fianzas".⁴⁹

Sobre lo expuesto por el Lic. Concha Malo, podemos argumentar todos los puntos de vista que dimos al analizar lo manifestado por el Lic. Cervantes Altamirano y por el Comité de Instituciones de Fianzas, sin embargo, cabe agregar que las compañías afianzadoras sí puede oponer al acreedor excepciones derivadas del contrato e incluso dicho supuesto es contemplado en algunas propuestas de adhesión hechas por instituciones afianzadoras; caso concreto sería la cláusula quinta de la propuesta de contrato de fianza de "Fianzas México, S.A.", que a la letra dice:

"la compañía cuando la ley no lo prohíba y cuando el fiado o cualquier otro obligado no haya pagado la prima estipulada en la fecha de su vencimiento, por periodos adelantados, según se expresa en la cláusula primera fracción 1 podrá rescindir el contrato de fianza mediante declaración hecha saber en forma auténtica, al acreedor, el contratante de la fianza y al fiado. Esto no extinguirá las obligaciones que de la misma hubieren ya surgido para el contratante, para el fiado y para los demás interesados, y por lo tanto su cumplimiento podrá exigirse en la forma legal que corresponda".

49. Idem, pág. 281.

En mi punto de vista, considero que las afianzadoras no hacen valer las excepciones derivadas del contrato ante el acreedor, en virtud de una ética profesional, además de que no debemos olvidar que las instituciones afianzadoras prestan un servicio público, motivo más que suficiente para no valerse de esas excepciones, que aunque legalmente son válidas, no permitirían garantizar debidamente las obligaciones de todo tipo que contraen los sectores tanto público como privado y social, ya que ante todo se busca una seguridad para realizar inversiones en diferentes sectores, que además son generadoras de empleos y contribuyen al crecimiento del país.

Por todo lo antes expuesto y a manera de conclusión ratifico mi adhesión a la tesis que explica la naturaleza jurídica de la fianza de empresa basada en un contrato con estipulación a favor de tercero, con todas las características que ya hemos mencionado en este capítulo.

Por último daré mi definición personal sobre el concepto que de Fianza de Empresa me he formado, atendiendo a todo lo que hasta aquí hemos analizado, manifestando que ésta (Fianza de Empresa), es una garantía personal expresada en un contrato de adhesión con estipulación a favor de tercero, forzosamente oneroso y accesorio a una obligación principal, en virtud del cual una institución de fianzas se compromete

ante un acreedor (tercero beneficiario) a cumplir por el deudor principal (fiado) en caso de que éste incumpla parcial o totalmente su obligación contraída, debiendo constar dicha garantía en un documento llamado póliza.

3.4 Diversas Clases de Fianzas de Empresa

En este punto haremos mención a los diferentes ramos en que se dividen las Fianzas de Empresa, división que no se encuentra regulada por la Ley de la materia, sino que se trata de una clasificación utilizada por Instituciones Afianzadoras y la Doctrina.

Estos Ramos son los siguientes:

Ramo I que se refiere a las Fianzas de Fidelidad.

Ramo II de las Fianzas Judiciales.

Ramo III que se refiere a todas las demás fianzas que no se encuentran comprendidas en ninguno de los dos ramos anteriores.

Ramo IV que garanticen operaciones de crédito.

Brevemente haré una explicación de cada uno de estos Ramos, ya que el profundizar en éstos, traería como consecuencia estudios demasiado extensos.

A) RAMO I FIANZAS DE FIDELIDAD

Primeramente hablaremos de la Fianza de Fidelidad, cuyo antecedente más remoto se encuentra en el año de 1729 en Inglaterra, bajo la figura del seguro, en donde surge una especie de Fianza de Fidelidad, por medio de la cual una compañía aseguradora aseguraba al patrón por las pérdidas a cargo de algún sirviente, a causa de la deshonestidad de éste.⁵⁰

La Fianza de Fidelidad en México se inicia propiamente con la fianza en general, recordemos que en el primer capítulo de este trabajo hablamos sobre el primer antecedente de la Fianza de Empresa en México, en donde en 1895 el entonces Presidente de la República, Porfirio Díaz, autorizó otorgar concesiones a compañías Nacionales y Extranjeras con el fin de que habitualmente practicaran operaciones de caución por el manejo de dinero por funcionarios y empleados públicos e incluso de particulares.⁵¹

Así pues, podemos decir que los antecedentes de la Fianza de fidelidad en México son los mismos que los de la Fianza en General.

50. Palacios Arroyo, Ernesto Augusto: "La Fianza de Fidelidad y sus consecuencias jurídicas". Tesis profesional. - UNAM. México, D.F., 1989, pág. 15.

51. Ver página del presente trabajo.

La Fianza de Fidelidad en términos generales, garantiza el pago de las responsabilidades que pudieran surgir por delitos patrimoniales cometidos por el empleado (fiado) en contra de su patrón (beneficiario).

El objeto de las Fianzas de Fidelidad es resarcir al patrón de los daños sufridos por la comisión de un delito por parte de alguno de sus empleados.

Es importante reafirmar este concepto para que no existan confusiones con el seguro. En la Fianza de Fidelidad el delito patrimonial (robo, fraude, abuso de confianza y peculado), tienen que ser cometidos precisamente por el subordinado afianzado y no por terceras personas ajenas a la relación laboral. Pongamos un ejemplo: Un cajero está afianzado con una póliza de tipo individual, el mencionado cajero recibe una suma considerable de dinero como pago hacia la empresa para la cual presta sus servicios por la entrega de cierto pedido, el empleado se encuentra en una situación económica difícil y decide "tomar prestados" dos millones de pesos, es decir, se apodera de una cosa ajena sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella, es decir, comete el delito de robo contra la empresa en la cual presta sus servicios. En este tipo de situaciones sí opera el pago de la cantidad sustraída (previa comprobación) con cargo a la Fianza de Fidelidad; pero si en el ejemplo mencio

nado el cajero recibe de un cliente una cantidad "X" en efectivo y pasados algunos minutos entran a la empresa referida tres tipos armados y se llevan el dinero que acababa de dejar el cliente, en ese momento también se tipifica el delito de robo contra el patrimonio del patrón, sin embargo ese delito es cometido por un extraño diverso a la relación laboral y la indemnización que podría solicitar el patrón tendría que ser con cargo a un seguro y no a una Fianza de Fidelidad.

Como podemos observar, es requisito indispensable para hacer efectiva una Fianza de Fidelidad, que el delito haya sido cometido precisamente por el empleado con el cual se tiene una relación laboral, garantizando entonces este tipo de fianzas la responsabilidad pecuniaria que resulta de la comisión del delito, responsabilidad que las leyes penales llaman reparación del daño y que debe ser cuantificada en dinero para poder ser exigible ante la afianzadora, sin embargo la pena por reparación del daño sólo puede ser impuesta por un juez al autor del delito mediante sentencia firme.

El desarrollo y crecimiento de la actividad empresarial en nuestro país, junto con la inflación y la falla de créditos, por diversas circunstancias, trajeron como consecuencia que las empresas tuvieran que emplear grandes cantidades de efectivo para el manejo de sus actividades, incluyendo pago-

de salarios.

En virtud de estas situaciones los dueños de empresas se vieron en la necesidad de confiar en cierto tipo de empleados para el manejo de esas sumas y día con día exigían nuevos productos para asegurar dicha relación, por tal circunstancia, la Fianza de Fidelidad también ha ido evolucionando para cubrir las nuevas necesidades de los patrones, así pues tenemos que actualmente existen seis tipos diferentes de Fianzas de Fidelidad con los cuales se pretende cubrir todos los requisitos que deseen los empresarios modernos para obtener la seguridad que necesitan de los empleados que manejan su patrimonio.

Los seis tipos de Fidelidad a que nos hemos referido -- son los siguientes:

Individual	Combinada
Cédula	Exceso
Global	Monto Único p/vendedores

Aunque sea de una manera breve, explicaremos qué garantiza cada una de estas fianzas.

Fianzas Individuales

Son aquellas que se expiden para garantizar en forma in

dividual, o sea a un solo empleado y hasta por una cantidad precisa previamente establecida, los delitos patrimoniales - que pudiera cometer dentro de su puesto.

Este tipo de fianza sólo cubre la responsabilidad del empleado afianzado, o sea que aunque otro empleado junto con el fiado haya intervenido en la comisión del delito, la fianza no cubre la reparación del daño de ese otro empleado, aunque el monto de la fianza sea suficiente para cubrirla.

Cabe aclarar que en este tipo de fianzas, el monto máximo de la fianza será hasta por tres años de salario del fiado.

Fianza Cédula

También conocida como Fianza de Grupo, la cual se puede decir que está formada por varias fianzas individuales reunidas en una sola póliza con un monto individual y con un vencimiento en común. Esto quiere decir que cada empleado que se encuentra en este tipo de fianza, que pueden ser dos o más, tiene un monto determinado según las necesidades del patrón-beneficiario y tomando en consideración el análisis del informe de sistemas de control interno que debidamente requisitado debe ser entregado a la afianzadora.

Fianza Global

También conocida como Fianza Colectiva, Abierta o General, la cual garantiza las responsabilidades de la totalidad del personal administrativo de una empresa, con la exclusión de agentes de ventas o similares, y cuyo monto es único y común para todos.

En este tipo de fianzas no se permite excluir cierto tipo o grupo de personas a excepción, como ya mencionamos, de los agentes de ventas o similares; en cambio podrán ser afianzados los obreros si así lo desea el patrón-beneficiario, así como también los empleados de sucursales o empresas filiales.

En este tipo de fianzas, la afianzadora está obligada a pagar hasta el monto de la suma afianzada, aunque sea a cargo de un mismo fiado, es decir, si una reclamación agota el monto de la fianza, ésta fenece. Cuando la reclamación es parcial, la suma afianzada se reduce en la medida del monto pagado. En este caso la empresa beneficiaria previa aprobación de la afianzadora, puede rehabilitar la fianza a su monto original, mediante el ajuste y pago de la prima correspondiente.

Fianza Combinada

Este tipo de fianza recibe su nombre porque tiene carac

terísticas tanto de la fianza cédula (ya que fija montos individuales de caución) como de la global (ya que tiene un monto máximo a pagar). En esta fianza se pueden incluir tanto empleados administrativos como vendedores con un monto individual que es la cantidad hasta por la cual queda obligada la afianzadora a pagar por un solo fiado en caso de reclamación, siempre y cuando dicho monto individual sea inferior al tope máximo a pagar. Cuando son varias las reclamaciones, se paga hasta el tope máximo.

El tope máximo se determina de acuerdo con el número de personas afianzadas y aplicando la siguiente tabla:

	<u>TOPE MAXIMO A PAGAR</u>
DE 11 A 20 FIADOS	4 MONTOS PROMEDIO
DE 21 A 30 FIADOS	6 MONTOS PROMEDIO
DE 31 A 50 FIADOS	8 MONTOS PROMEDIO
DE 51 A 100 FIADOS	10 MONTOS PROMEDIO
DE 101 EN ADELANTE	10% DE LA SUMA DE LOS MONTOS INDIVIDUALES.

El monto promedio resulta de dividir la suma de los montos individuales entre el número total de afianzados.

Este tipo de fianza también puede ser rehabilitada, ya que en los casos en que se pague una reclamación de monto in

dividual, ocasiona que el tope máximo disminuya en la misma proporción de la cantidad pagada, como en la global y en las mismas condiciones.

Este tipo de fianza opera con un deducible del 10% como mínimo sobre pérdidas, aunque por autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, puede excusarse este requisito en las fianzas que se expidan a agentes de seguros y a apoderados de agentes de seguros (personas morales). En algunos otros casos se opera con deducibles fijos.

Fianza con Monto Unico para Vendedores (M.U.V.)

Cauciona a la totalidad del personal de ventas o similares con un monto común y máximo para todos los vendedores y del cual se pagará por reclamaciones hasta que el monto se agote.

Este personal de ventas o similares pueden ser empleados o tener contratos de carácter mercantil, aunque en estos últimos casos las compañías afianzadoras deben de tener un mayor cuidado antes de expedir sus fianzas.

Cualquier reclamación parcial con cargo a este tipo de fianza reduce su monto, sin embargo existe la rehabilitación correspondiente, si la afianzadora acepta después de haber analizado los riesgos.

Por último, cabe mencionar que en este tipo de fianzas existe también un deducible a pagar, el cual va desde un 10% hasta el 20%, dependiendo del monto a pagar por reclamación.

Fianza en Exceso de la Global

Este tipo de fianzas se da para los empleados que requieren de mayor cobertura que en la Global. En efecto, dentro de una empresa que tenga afianzados a sus empleados en una Fianza Global, pueden existir uno o varios empleados que por razón de sus actividades necesiten una caución mayor, en tales casos opera la fianza en exceso, es decir operan como un complemento a la Global. En caso de reclamación, se agota primero la Fianza Global y posteriormente la de Exceso y al igual que en las otras fianzas de fidelidad analizadas -- también, puede ser rehabilitada.

Esto son pues, los Tipos de Fianza de Fidelidad que se conocen y que son utilizados por las 14 afianzadoras que -- existen en nuestro país, hemos analizado a quién, cómo y qué garantizan, sin embargo considero importante mencionar lo -- que no garantiza una Fianza de Fidelidad:

- a) Desapariciones misteriosas, es decir, desapariciones que no puedan atribuirse o comprobárseles a personas afianzadas.
- b) Hechos delictuosos cometidos por los empleados afian

zados antes de la vigencia de la fianza o incluso --
después de terminada la misma.

- c) Créditos de cualquier naturaleza que el beneficiario o un tercero hayan concedido al fiado.
- d) Aplicaciones hechas por el beneficiario o por el --
afianzado para cubrir adeudos o desfalcos preexistentes
al inicio de su caución.
- e) Préstamos hechos por la caja de ahorros al personal-
de la empresa.
- f) Adeudos que tenga el fiado, cualesquiera que sea la-
naturaleza de éstos, a favor del beneficiario.
- g) Adeudos de tarjetas de crédito proporcionadas por el
beneficiario al fiado.
- h) Pérdidas ocasionadas por el fiado que desempeñe labo-
res de contabilidad, conjuntamente con manejos de --
fondos o que como custodio permanente de documentos-
por cobrar, sea a la vez receptor de los fondos o -
valores producto de los mismos y también si el fiado
es el encargado de elaborar las nóminas o listas de-
raya y a su vez pagador de las mismas.

B) RAMO II FIANZAS JUDICIALES

Se entiende por este tipo de fianzas, aquellas que se -
otorguen con motivo de un procedimiento judicial y pueden --
ser de diferentes tipos:

Analicemos primero las Fianzas Penales o Carcelarias, --
las cuales se expiden para:

- a) Obtener la libertad provisional, es decir, la que se
le otorga a una persona que se le imputa la comisión
de un delito en tanto el Juez emite una sentencia. -
En estos casos se garantiza el pago de una sanción -

que impone el Juez Penal (que es ante quien se otorga la fianza) en el caso de que el inculcado deje de comparecer ante su presencia.

La obligación de la afianzadora no es la de presentar al fiado (reo) sino la de pagar la sanción pecuniaria que se le imponga, obligación que es válidamente garantizable.

Sobre este particular, el Lic. Héctor Alvarado González establece:

"La Fianza que se expide para obtener la libertad caucional de un procesado no es una garantía de la presentación del Reo ante la autoridad judicial... esto simplemente es una carga que tiene la afianzadora para que se hagan exigibles la obligación principal (del procesado-fiado), y la obligación accesoria (de la Afianzadora), de pagar la sanción-multa correspondiente".⁵²

Algunas personas consideran que lo que se garantiza en este tipo de fianzas es que el fiado se presente ante el tribunal que conozca del caso cuantas veces sea citado y requerido para ello, sin embargo considero que esa sería la obligación del fiado, siendo la obligación accesoria y garantizable el pago de la sanción que se imponga por el incumplimiento del fiado, ya que el perseguir a los Reos, en caso de que éstos huyeran, no resultaría una actividad propia de las afianzadoras.

- b) Para obtener la libertad del sentenciado cuya pena corporal a pagar es mínima.

En estos casos, el procesado ha sido penalmente responsable de un delito y se le impone una pena privativa de la libertad, por un Juez Penal mediante una sentencia ejecutoriada. A este tipo de libertad se le conoce como libertad condicional.

En este tipo de fianzas, al igual que la anterior, se garantiza el pago de la sanción, en el caso de que el condenado deja de comparecer ante la presencia del juez cuando sea requerido.

52. Alvarado González Héctor: "Apuntes sobre Fianza Judicial" otorgados por su autor en el curso "La Fianza Judicial" - impartidos en la Asociación de Compañías Afianzadoras de México, págs. 6 y 7.

En algunas ocasiones, el inculcado debe garantizar - además, la reparación del daño al que se le ha conde- nado por el Juez Penal.

- c) Para obtener la libertad preparatoria, que es aque- lla que se otorga al recluso por buena conducta y -- que haya purgado tres quintas partes de su condena, - si se trata de delitos intencionales o la mitad de - la misma en caso de delitos imprudenciales.

Otro tipo de Fianzas Judiciales, son las que se otorgan en los amparos. En estas Fianzas se garantizan los daños y - perjuicios que pueden causarse a terceros perjudicados en la violación de garantías individuales y por la suspensión pro- visional o definitiva del acto reclamado.

Existe, sin embargo, otro tipo de garantía en los jui- cios de amparo, que es la contra-garantía o contra-fianza, - que es la que otorga el tercero perjudicado para que quede - sin efecto la suspensión de la ejecución del acto reclamado, es decir, que se otorga la contra-garantía (fianza), para -- que pueda ejecutarse ese acto o resolución.

Hay otro tipo de fianzas judiciales conocidas como Civi- les o Mercantiles, dentro de las cuales se garantiza lo si- guiente:

- a) Las Providencias Precautorias: En estos casos el ac- tor debe otorgar una fianza a satisfacción del Juez - para responder de los daños y perjuicios que se le - puedan ocasionar al demandado, ya sea por no enta- -

blar la demanda respectiva en tiempo, ya porque se revoque la Providencia, o porque entablada la demanda sea absuelto el Reo.

En este tipo de juicios también se puede dar una contra-garantía o contra-fianza que otorga el demandado, para que no se lleve a cabo la providencia precautoria o se levante la que se hubiere dictado.

- b) En las Apelaciones: En estos casos el apelante, tratándose de sentencias interlocutorias con fuerza definitiva, puede presentar fianza a satisfacción del Juez, para responder, en su caso, de las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar a la parte contraria y para que la apelación pueda ser admitida en ambos efectos.

Tratándose de apelaciones contra sentencia definitiva y que hubieren sido admitidas sólo en el efecto devolutivo, la sentencia no podrá ejecutarse si la parte contraria no otorga fianza con la que se garantiza la devolución de la cosa o cosas que deba percibir, sus frutos e intereses y la indemnización de daños y perjuicios, para el caso de que el tribunal de alzada revocara el fallo.

Cuando el demandado solicite la ejecución de la sentencia apelada por el actor, la fianza que se otorgue debe garantizar el pago de lo juzgado y sentencia y su cumplimiento, en el caso de que la sentencia condene a hacer o a no hacer.

- c) Pensión alimenticia: Donde se garantiza el pago que por tal concepto deba hacer un cónyuge al otro y/o a los hijos de ambos.

Este tipo de fianza se otorga ante el Juez y por el importe que él le señale al deudor alimentario, salvo en algunos casos de divorcios voluntarios en donde las partes proponen una cantidad determinada como pago de ese concepto, sin embargo se necesita la aprobación tanto del Juez, como del Ministerio Público.

- d) El cargo de Depositarios: En estas fianzas se garantiza los posibles daños y perjuicios que le resulten al depositante por negligencia, mal uso o destrucción del objeto custodiado por el depositario.

- e) El cargo de Interventores: Garantiza las responsabilidades del interventor en la administración de los bienes intervenidos.
- f) La intervención de un Gestor Judicial: Un Gestor Judicial, es el que sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto de otro debiendo obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Para ser admitido en un procedimiento judicial, el Gestor debe dar fianza con la que se garantice que el interesado pasará por lo que el Gestor haga y de que pagará lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen a la parte contraria. El monto de esta fianza será fijado por el Juez.

- g) La función de los Albaceas: Las personas que funjan como Albaceas tanto en las testamentarias como en los intestados, deben de garantizar su manejo. Este tipo de garantía además de la fianza, puede ser prenda o hipoteca, a elección del propio Albacea.
- h) La Tutela: El Tutor antes de que se le discierna de su cargo, debe presentar caución para asegurar su manejo.

En este caso, antes de otorgar fianza para caucionar su manejo, el Tutor tiene la obligación de constituir hipoteca o garantía pignoratícia, solamente en el caso en que no cuente con bienes para constituir esas garantías se entregará fianza, o en el caso de tener bienes y éstos no sean suficientes para asegurar su manejo conforme a la Ley.

No todos los tutores tienen la obligación de presentar caución, ya que la ley exige a algunas personas en particular de presentarla.

- i) La buena administración de Síndico: El Síndico es el administrador de los bienes de una persona que se encuentra en estado de concurso y es nombrado por el Juez.

El Síndico debe otorgar fianza dentro de los primeros 15 días que siguen a la aceptación de su cargo. La fianza debe otorgarse por cantidad limitada y bajo la responsabilidad del Juez.

También en los casos de quiebra, el Síndico debe otorgar para el desempeño de su cargo, garantía bastante a juicio y bajo la responsabilidad del Juez.

Por último, diremos que dentro de las Fianzas Judiciales se encuentran las laborales que garantizan el pago de prestaciones a cargo de los patrones, como por ejemplo suspensión o despido injustificado, gastos de transporte, alimentación, etc.

Como hemos podido ver, en todos los casos en que se expiden fianzas judiciales, se hace ante los juzgados, tribunales o juntas que las requieran, pudiendo ser los fiados personas físicas o morales, cuestión que no se da en las fianzas del Ramo I (Fidelidad), en donde todos los fiados son necesariamente personas físicas.

El hecho que todo este tipo de fianzas se otorguen a favor de las autoridades mencionadas no quiere decir que éstos sean los beneficiarios últimos de la fianza.

En efecto, hay que distinguir la autoridad ante quien se otorga la fianza de la beneficiaria de la misma que como veremos, puede ser persona física, moral o el propio Estado.

"El Estado, a través del órgano jurisdiccional (autoridad judicial), vela por (vigila) los intereses de los involucrados (interesados) en los casos --

(juicios) respectivos, (es una de sus "funciones").

La vigilancia se realiza en todos los aspectos del juicio y uno de los cuales es el relativo a las garantías. Esa es la razón por la que las pólizas de fianza (Ramo II), deben expedirse ante la autoridad judicial respectiva, aun cuando los beneficiarios son diferentes (diversos) a ella".⁵³

El beneficiario en cambio, es la persona que recibe el beneficio último (valga la redundancia), y que en los casos de las fianzas carcelarias es el Estado mismo, y en los demás casos personas diversas, sean físicas o morales a través de la autoridad ante quien se otorgó la fianza, y en algunos casos directamente contra la afianzadora.

C) RAMO III FIANZAS GENERALES

Dentro de este tipo de fianzas se encuentran todas las que no están incluidas en los dos ramos anteriores y garantizan toda clase de obligaciones, excepto las prohibidas por la ley, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En virtud de que existen gran variedad de este tipo de fianzas, haremos mención de una manera enunciativa pero no limitativa de las más comunes para después mencionar las fianzas que no se pueden otorgar por estar prohibidas.

53. Iden, pág. 14.

Dentro de las primeras tenemos las que garantizan:

- Concursos y licitaciones
- Anticipos de contratos y pedidos
- Cumplimiento de contratos y pedidos
- Arrendamiento
- Buena calidad de obra realizada
- Condóminos
- Concesiones
- Permisos
- Créditos fiscales
- Importaciones
- Exportaciones
- Maquiladoras
- Impuestos
- De agencias de viajes

Las Instituciones de Fianzas tienen expresamente prohibido por la Ley de la materia en cuanto al otorgamiento de garantías:

- Expedir fianzas en forma de aval
- Afianzar a sus funcionarios y administradores o aceptarlos como contrafiadores u obligados solidarios así como otorgar pólizas en las que los mismos aparezcan como beneficiarios.

RAMO IV FIANZAS QUE GARANTIZAN OPERACIONES DE CREDITO

Con fundamento en el artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Finanzas, el 24 de Agosto de 1990 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicó en el Diario Oficial de la Federación Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito.

to, abrogando con esto la circular No. 305-14-99 y el oficio No. 305-111-19307 de 24 de Noviembre y 17 de Diciembre de -- 1951 respectivamente.

En virtud de tales reglas se faculta a las Instituciones Afianzadoras que garanticen operaciones crediticias, exclusivamente cuando se trata de:

- 1.- El pago derivado de operaciones de compra-venta de bienes y servicios o de distribución mercantil.
- 2.- El pago total o parcial del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- 3.- El pago derivado de contratos de arrendamiento financiero.
- 4.- El pago de financiamientos obtenidos a través de -- contratos de crédito garantizados con certificados de depósitos y bonos de prenda expedidos por un almacén general de depósito.
- 5.- El pago derivado de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero.
- 6.- El pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios.

Las demás operaciones de crédito quedaron prohibidas a menos que contaran con la autorización expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En virtud de estas reglas y por disposición de la cláusula tercera del capítulo II de las mismas fue que se creó este nuevo ramo.

3.5 Elementos

- a) personales
- b) Formales
- c) Reales

En este punto analizaremos los elementos específicos -- esenciales de la Fianza de Empresa, entendiendo por éstos, -- aquellos sin los cuales no puede existir legalmente un acto -- jurídico, es decir, son aquellos elementos que hacen de la -- Fianza de Empresa un contrato nominado y diferente a los de -- más.

De acuerdo con el Maestro Ruíz Rueda⁵⁴, decimos que los elementos específicos de la Fianza de Empresa son tres:

- a) Prestación del Fiador, o sea su garantía del pago de la deuda ajena.
- b) Prestación del Estipulante de la Fianza, o sea la -- prima que debe pagar.
- c) La empresa legalmente concesionada, o sea la organi -- zación económica para otorgar estas garantías perso -- nales, como actividad sistemática legalmente exclusi -- va.

De lo anterior podemos analizar cada uno de los elemen -- tos en la siguiente forma:

54. Ruíz Rueda, Luis: "La Fianza de Empresa a favor de Terceros", primera edición hecha por el autor, Librería de -- Manuel Porrúa, México 1956, págs. 221 y 222.

PERSONALES FORMALES y REALES

ELEMENTOS PERSONALES:

Como hemos analizado en la celebración de la Fianza de Empresa, intervienen dos personas: El Fiador (Afianzadora) y Estipulante de la Fianza.

La afianzadora, que es una Empresa, o sea una Organización Económica que tiene por objeto la prestación de servicios con fines lucrativos, es decir el otorgamiento sistemático y profesional de este tipo de garantía en forma onerosa. Esta empresa debe ser constituida forzosamente como Sociedad Anónima y previa autorización otorgada por el Gobierno Federal.

El Estipulante de la Fianza, es otro elemento personal y es normalmente el mismo fiado, y no digo que por regla general, porque existen sus excepciones, sobre todo en las fianzas carcelarias en donde el solicitante es siempre persona diversa al fiado.

Esta persona (estipulante) tiene la obligación de pagar al fiador (afianzadora), una cantidad determinada conocida como "Prima", como una contraprestación por la garantía otorgada por la afianzadora.

Cabe hacer la aclaración de que en la Fianza de Fidelidad, el segundo elemento personal es el propio patrón o beneficiario de la fianza.

Autores como Ramón Concha Malo consideran que el otro elemento personal dentro de la Fianza de Empresa, lo constituye "El Beneficiario de la póliza, que es necesariamente el acreedor en la obligación principal garantizada, y que no es parte formal...".⁵⁵

Hay que mencionar que Concha Malo realiza esta aceveración en virtud de que él considera como naturaleza (fuente) de la Fianza de Empresa, a la declaración unilateral de voluntad de la Afianzadora en cumplimiento a la obligación contraída en el contrato solicitud; sin embargo considero que ni en la declaración unilateral de voluntad, ni en la Fianza de ramo II y III (dentro de la teoría que considera la naturaleza de la Fianza de Empresa al contrato), el beneficiario forma parte de los elementos de la Fianza de Empresa, ya que en ninguno de los dos casos interviene para su nacimiento o su creación, y más aún, ni siquiera expresa su voluntad ni su consentimiento para la creación de derechos y obligaciones.

55. Concha Malo Ramón Op. Cit. Pág. 281

ELEMENTOS FORMALES:

La Fianza de Empresa debe constar por escrito y en forma de póliza, por así disponerlo la Ley de la Materia en su artículo 117. "Esta póliza constituye un medio idóneo para hacer saber al tercero (en los casos de fianza a favor de --tercero), que se ha estipulado garantía personal de la Institución Fiadora"⁵⁶ a su favor, así como dar a conocer al oferente la aceptación de su oferta; así pues, se considera que la póliza es un documento declarativo, una constancia del --contrato toda vez que si la misma llegara a extraviarse, la obligación fiadora contraída por la afianzadora, sigue vigente y es válida hasta en tanto no se extinga por alguna de --las formas establecidas por la Ley (directas o en vía de consecuencia), y que más adelante estudiaremos. Asimismo, el --deudor, en caso de que la Afianzadora no haya expedido la póliza correspondiente, tiene acción para exigir de ésta el --otorgamiento de la misma en cumplimiento al contrato celebrado.

ELEMENTO REAL:

Se designa como elemento real al objeto de la obliga--ción asumida en un contrato⁵⁷, y en el caso de la fianza, de

56. Ruiz Rueda, Luis: "El Contrato". Op.Cit., pág. 48.

57. Concha Malo, Ramón: Op.Cit., pág. 281.

amos que su objeto es la garantía personal de pago de la deuda ajena, o sea garantiza una obligación (principal) entre un deudor y un acreedor, y a esta obligación se le conoce como elemento real, y tiene que ser válida, existente y posible, aunque sea futura.

3.6 Efectos entre las Partes

a) Entre Afianzadora y Fiado

La celebración del Contrato de Fianza, da nacimiento a derechos y obligaciones a ambas partes contratantes (Afianzadora-Fiado o Solicitante).

Por una parte surge la obligación de la Afianzadora que consiste en garantizar una obligación principal asumida por el Fiado-Deudor, -con un tercero- acreedor, así como de expedir la póliza correspondiente y los documentos adicionales a la misma, tales como ampliación, disminución, prórroga, avisos de aceptación y otros endosos modificatorios.

Por otro lado, surge la obligación del Fiado a pagar a la Afianzadora una cantidad de dinero por concepto de prima por periodos adelantados de un año y durante el tiempo que dure vigente la fianza. De igual forma el fiado tiene el deber de informar a la Afianzadora sobre cualquier modifica-

ción, extinción o cancelación de la obligación garantizada, así como de cualquier prórroga o espera que le conceda el acreedor para el cumplimiento de la obligación, sopena en caso de no hacerlo de seguir pagando primas, o en algunos casos hasta la extinción de la fianza.

Asimismo, también está obligado el Fiador ante la Afianzadora a reintegrar a ésta las cantidades que hubiese tenido que pagar en virtud de la fianza otorgada, así como los gastos realizados y los intereses generados desde el momento del pago.

Las obligaciones a que hemos hecho mención, son "convencionales", plasmadas en el contrato que para tal efecto se realiza, sin embargo no olvidemos que por disposición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 113), tanto el Fiado como la Afianzadora pueden invocar las excepciones y derechos contemplados en el Capítulo III del Título de cimotercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto y que se refiere a los efectos de la Fianza entre el fiador y el deudor.

Es importante mencionar los efectos que impone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas entre Afianzadora y Fiador:

Primeramente la Ley faculta a la Afianzadora a tener ac

ción contra el Fiado aún sin haber ella pagado para que este último les garantice por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las posibles cantidades que llegasen a erogar con motivo de la fianza otorgada.

La Ley referida concede a las Afianzadoras el derecho de la sustitución de deudor, permitiéndoles que sustituyan al fiado cuando se traten de obligaciones de hacer o dar. Asimismo, la Ley permite que las Instituciones Fiadoras se conviertan en parte y, en consecuencia, gocen de todos los derechos inherentes a ese carácter en los negocios y juicios de cualquier índole en los que hayan otorgado fianza e incluso los que se sigan contra el Fiado.

Asimismo el nuevo artículo 118 Bis de la ley citada establece que las afianzadoras al ser requeridas por el acreedor pueden denunciar el pleito al deudor principal (fiado) para que éste rinda las pruebas que crea convenientes.

Por último diremos que la Ley de la materia concede a las Afianzadoras el derecho de la subrogación de los derechos, acciones y privilegios que tenga el Acreedor contra el Deudor derivados de la obligación garantizada y originadas en virtud del pago hecho por la Afianzadora.

b) Efectos entre Afianzadora y Beneficiario

El Beneficiario es el tercero a cuyo favor estipulan -- los Contratantes, por lo tanto, la relación jurídica que -- existe entre éste y la Afianzadora es el hecho de que adquiere el derecho que nace del contrato estipulado a su favor.

Al tener el Beneficiario la póliza expedida por la Afianzadora, sabe que está garantizado por la obligación que tiene el deudor para con él y que tiene un derecho que consiste en poderle exigir a la Afianzadora que cumpla por el deudor-fiado, en caso de que éste no lo haga. Este derecho que tiene el Beneficiario puede o no ejercerlo, es decir, en caso de que el Deudor-Fiado cumpla perfectamente con la obligación contraída, el Acreedor no tiene por qué hacer válido el derecho consignado a su favor y del cual es sabedor a través de la póliza.

Por lo tanto, la relación entre Afianzadora y Acreedor-Beneficiario, nace cuando se presenta el supuesto que consiste en el incumplimiento del Deudor-Fiado de la obligación garantizada, y es entonces cuando el Beneficiario tiene el derecho de requerir y ejercitar acción contra la Fiadora y ésta, por su parte, tiene la obligación de cumplir por el Fiado, lo que normalmente sucede mediante el pago de la obligación no cumplida y cuantificada en dinero.

Puede ser que la obligación que se garantizó y que pretenda hacer efectiva el Beneficiario no sea propia (individualísima) del Fiado, es decir, que pueda ser realizada o -- terminada por cualquier otra persona especializada en ese arte, profesión u oficio; en ese caso puede la Afianzadora con tratar a un tercero ajeno y poder así, cumplir con su garantía. Considero que esto último debería ser lo más usual sobre todo en las obligaciones de hacer, sin embargo en la práctica poco se lleva a cabo y por regla general, el incumplimiento del Fiado se cuantifica en dinero.

La Afianzadora no goza ante la Beneficiaria de los beneficios de orden y excusión que el Código Civil concede al -- fiador civil, asimismo la Fianza no se extingue porque el -- Acreedor deje de requerir judicialmente al deudor por el cum plimiento de su obligación, ni porque deje de promover por -- más de tres meses en el juicio entablado contra el Deudor, - cuestiones que son causa de extinción de la obligación fia-- dora en la Fianza Civil.

Los derechos que tiene el Beneficiario de la Fianza -- prescriben en tres años contados a partir de que la obliga-- ción se hizo exigible, es decir, a partir del incumplimiento del fiado.

Antes de iniciar un juicio contra la Afianzadora, el Be

Beneficiario debe de requerirla de pago por escrito y en sus oficinas principales o sucursales, teniendo la Afianzadora un término de sesenta días hábiles para hacer el pago, si es procedente, en caso contrario el Beneficiario puede acudir a los tribunales locales o federales de la materia a demandar a la Institución Fiadora.

Cuando el Beneficiario es una autoridad, el requerimiento que formulen a las Afianzadoras debe seguir un procedimiento establecido por el numeral 95 de la multicitada Ley Federal de Instituciones de Fianzas, contando la Afianzadora con un término de treinta días naturales para hacer el pago y oponerse al mismo.

La Afianzadora tiene el derecho de oponer al Beneficiario todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor, así también para la Afianzadora no son válidas las renunciaciones que hubiese hecho el Fiado-Deudor a la prescripción de la deuda o de toda otra causa de liberación, o de nulidad o rescisión de la obligación principal.

Por último diremos que la transacción celebrada entre Afianzadora y Beneficiario, aprovecha pero no perjudica al Fiado o Deudor principal.

c) Efectos entre Fiado y Beneficiario

El Fiado y el Beneficiario son el Deudor y Acreedor de una relación jurídica bilateral y en el caso de las fianzas de fidelidad, trabajador y patrón respectivamente.

La relación que existe entre ellos es la que se da con motivo del Acto Jurídico celebrado y que es conocido como la obligación garantizada.

Ahora bien, existen relaciones entre ellos que van ligadas a la Fianza otorgada como garantía para el cumplimiento de las obligaciones del deudor, las cuales mencionaremos enseguida:

La transacción que hagan, Acreedor (beneficiario), y deudor (fiado), aprovechan al Fiador, pero no le perjudican; así pues, tenemos que si el Acreedor concede una prórroga o espera al Deudor principal, tienen la obligación de dar aviso a la Afianzadora para que ésta exprese su consentimiento, so pena de que de no hacerlo, quede extinguida la Fianza.

Existe otra relación que se da entre Deudor y Beneficiario en relación a la Fianza, y ésta consiste en que cuando el acreedor pretende hacerle efectiva la garantía a la Afianzadora por medio del juicio correspondiente, esta última tiene la facultad de poder llamar al deudor principal a ese jui

cio, es decir, denunciarle el pleito; en este caso el Fiado- tendrá que apersonarse en el juicio y expresar las excepciones que tenga contra el Actor-Acreedor y en este momento entra en una relación directa aunque contenciosa con el Beneficiario.

Las mencionadas aquí, son las relaciones que se dan entre Fiado y Beneficiario en relación con la fianza, independientemente de las que se dan entre ellos por la obligación llamada principal.

3.7 Modos de Extinción de la Fianza de Empresa

Ya mencionamos en el punto 4. del Capítulo II de este trabajo, las formas de terminación de la Fianza en el Derecho Civil. Pues bien, en la Fianza de Empresa, son las mismas causas de extinción, salvo algunas diferencias a que haremos mención; sin embargo aquí tendremos por reproducidas las causas menciones en obvio de no ser repetitivos.

Una de las diferencias que encontramos en la extinción de la Fianza Civil con la de Empresa, es que ésta última no termina por el hecho de que el Acreedor omite requerir judicialmente al Deudor por el cumplimiento de la obligación -- principal, dentro del mes siguiente de la expiración del plazo, cuando el Fiador se hubiere obligado por tiempo determinado.

Tampoco se extingue la Fianza de Empresa, si el Acreedor deja de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado contra el Deudor, cuestión que es causa de extinción en la Fianza Civil.

Lo anterior se debe a que, como ya dijimos, las Afianzadoras no cuentan con los beneficios de orden y excusión, por tal motivo el acreedor puede requerirlas sin antes haber demandado (judicial o extrajudicial), al Deudor el cumplimiento de su obligación.

Otro de los casos en que no opera la extinción de la Fianza de Empresa, aunque sí en la de Derecho Civil es cuando una fianza se otorga por tiempo indeterminado, en esos casos el Fiador Civil tiene derecho, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al Acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación; si en ese plazo no ejercita el actor su acción o haciéndolo deja de promover sin causa justificada por más de tres meses, entonces liberará al Fiador Civil de su obligación.

Esta forma de extinción de la Fianza Civil, no se da en las que se expiden por Instituciones Afianzadoras porque las mismas no gozan de los beneficios de orden y excusión como ya ha quedado debidamente explicado.

Una forma de extinción directa y que sólo se da en la Fianza de Empresa, es el plazo de prescripción para ejercitar las acciones derivadas de la misma, y que se encuentra establecido por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 120).

Este plazo de prescripción es de tres años, y aunque prescriban las acciones derivadas de la Fianza, deja subsistente la obligación principal, pudiendo el actor hacerla valer por los medios legales conducentes.

El término para que opere la prescripción, empieza a correr a partir de que el Fiado incumple su obligación principal garantizada, y sólo es interrumpible por el requerimiento escrito de pago presentado a la afianzadora o en su caso con la interposición de la demanda.

Existe otra causa presumible de extinción de la Fianza de Empresa contemplada en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y que consiste en que cuando sea devuelta una póliza a la Institución Fiadora que la otorgó, se tendrá a su favor la presunción de que su obligación como Fiadora se ha extinguido.

Esta causa de extinción no puede considerarse general y aplicable a todas las fianzas expedidas por Afianzadoras, ya

que pueden darse supuestos en los que por algún error del Beneficiario, la póliza se haya devuelto sin haber sido cumplida la obligación principal; en estos casos la Fiadora tendrá que cumplir con su obligación en caso de hacerse exigible, -- no pudiendo alegar la extinción de su obligación por el simple hecho de la devolución del original de la póliza de fianza, pues el Beneficiario tendría otros medios de prueba para comprobar que el fiado no cumplió con la obligación a que -- estaba comprometido y dado que no se había dado ninguna otra causa de extinción de la fianza, ni directa, ni en vía de -- consecuencia, entonces la Institución Fiadora tendrá que cumplir por el Deudor.

Por lo antes expuesto y aunque la Ley de la materia considere como causa de extinción de la Fianza la devolución de la póliza, esto no puede considerarse de aplicación general, pues como ya observamos aún la Afianzadora con el original -- en sus manos se puede ver obligada a cumplir su obligación fiadora.

Como último medio para extinguir la Fianza de Empresa -- (aunque no esté contemplado en ninguna Ley), es la autorización que realice el beneficiario (acreedor) por escrito a la Afianzadora, manifestando el cumplimiento de la obligación -- del Fiado (deudor) y expresando su consentimiento para la -- cancelación de la misma.

3.8 Clasificación del Contrato de Fianza de Empresa

El Maestro Rojina Villegas clasifica a los contratos en base a las siguientes distinciones:

1. Contratos Bilaterales y Unilaterales
2. Onerosos y Gratuitos
3. Conmutativos y Aleatorios
4. Reales y Consensuales
5. Formales y Consensuales
6. Principales y Accesorios
7. Instantáneos y de Tracto sucesivo.⁵⁸

El Lic. Manuel Bejarano Sánchez, agrega dos distinciones más al clasificar a los Contratos, en Nominados e Innominados y en Preparatorios o Definitivos.⁵⁹

Atendiendo a que la Fianza de Empresa es un Contrato, haremos la clasificación del mismo basándonos en lo expuesto por los autores citados, más algunas características que habremos de agregarle.

- a) Es Bilateral porque se trata de un acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones para las partes que intervienen en su celebración, por una parte la de pagar la prima, y por otra la prestación de Fianzor.
- b) Es Oneroso ya que para ambas partes se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, es decir, existe un sacrificio recíproco y equivalente, o sea cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra.
- c) Es Aleatorio como una subdivisión de los Contratos Onerosos, pues al momento de su celebración se desconocen las prestaciones de las partes, pues la Afian

58. Rojina Villegas, Rafael: Op.Cit., pág. 9.

59. Bejarano Sánchez, Manuel: "Obligaciones Civiles". Editorial Harla, S.A., México, D.F., 1984, Tercera Edición, - pág. 43.

zadora no sabe si deberá pagar (total o parcialmente) o no, su obligación fiadora, y tampoco se sabe cuántas primas periódicas anuales y por adelantado deberá pagar el Fiado o Solicitante, por lo que resulta imposible determinar el resultado económico (ganancias-pérdidas), del acto en el momento de su celebración.

- d) Es Consensual en oposición a real, toda vez que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de las partes y su consentimiento, no siendo necesaria la entrega de ninguna cosa.
- e) Es Formal en oposición a consensual, toda vez que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que las Instituciones Afianzadoras sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas y documentos adicionales a las mismas.

No podemos considerar a la Fianza de Empresa como un Contrato Solemne, toda vez que la inexistencia de la póliza no significa que la garantía no exista, pues puede confirmarse expresa o tácitamente, o bien por algún otro medio de prueba.

- f) Es Principal pues no depende de la existencia de otro contrato (normalmente), sino de la existencia de una obligación principal que puede ser o no un Contrato.

La clasificación que hace la doctrina de los Contratos Accesorios se basa en la preexistencia (obligatoria) de un Contrato Principal, cuestión que no siempre se da en la Fianza de Empresa, pues se pueden garantizar obligaciones que no hemanen de un contrato.

- g) Es Instantáneo ya que se forman y se cumplen en el momento en que se celebran, toda vez que la obligación de la Afianzadora surge en el momento mismo de la celebración del Contrato, puede llegarse a hacer efectiva o no esa obligación, pero la misma existe desde el perfeccionamiento del contrato. En cuanto al pago de la contraprestación (prima), también debe hacerse en el mismo momento.
- h) Es Nominado puesto que tiene una Ley particular que los rige independientemente de que tengan o no un nombre determinado y legalmente establecido.

El Maestro Bejarano Sánchez dice: "Los nominados son - aquellos que están instituidos en las Leyes. Son Contratos reglamentados en el Código Civil u otros Ordenamientos Legales, y sus consecuencias están reflejadas en tales normas generales".⁶⁰ En el caso de la Fianza de Empresa, es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el Código Civil y la Legislación Mercantil (Artículo 113), los ordenamientos que contemplan las normas generales y sus consecuencias.

- i) Es Definitivo ya que contiene la voluntad de las partes para decidir sus recíprocos intereses en el mismo contrato y no se obligan a la celebración de un contrato futuro.
- j) Es de Garantía porque sirve para asegurar o reforzar el cumplimiento de un deber o una obligación.
- k) Es de Empresa porque solamente puede ser celebrado por Instituciones autorizadas bajo el régimen de una Sociedad Anónima.
- l) Es de Adhesión porque se utilizan para su celebración formularios impresos (propuestas de contrato-contratos solicitud), cuyo Clausulado general ha sido redactado previamente por la Afianzadora para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales.
- m) Es con Estipulación a favor de Tercero porque la finalidad de la celebración del Contrato de Fianza consiste en que la Afianzadora garantice a un tercero (ajeno al contrato), el cumplimiento de una obligación o de un deber a cargo de su deudor.⁶¹

⁶⁰ Idem Pág. 44

⁶¹ Las últimas cuatro clasificaciones fueron tomadas de los apuntes sobre la Fianza de Empresa escritos por el Lic. - Héctor Alvarado González, en su Pá. 17

3.9 La Utilidad de la Fianza de Empresa

La Fianza de Empresa constituye una fuente de tranquilidad en muchos aspectos, tanto sociales como en el ámbito económico, logrando con esto una estabilidad en beneficio del Gobierno, los Particulares y de las relaciones entre ambos.

La Fianza de Empresa resulta uno de los medios más importantes de garantía en el mundo actual, con lo que se logra una promoción de las actividades económicas.

En efecto, la realización de grandes proyectos y grandes obras necesitan de la protección, seguridad y tranquilidad que puede dar una garantía a las personas que invierten grandes capitales en dichas obras, sean particulares o sea el mismo Estado.

La inflación en algunos países o la desestabilidad social en otros, trae como consecuencia la falta de interés de invertir grandes capitales, o de poder desarrollar obras en beneficio de los mismos por temor de crear endeudamientos -- que se supone no podrán ser cubiertos; por tal motivo, la estabilidad de las Instituciones de Fianzas y (vale la pena -- mencionarlo), de Seguros, juegan un papel importantísimo en el desarrollo económico de cualquier país.

En nuestro país, considero que la Fianza de Empresa es la garantía por excelencia, aunque algunas personas siguen considerando a las garantías Reales como superiores a las Personales, e incluso se atreven a aseverar que las Cartas de Crédito expedidas por Bancos, resultan mejores garantías; sin embargo aunque sea de una manera breve, mencionaré las ventajas que guardan tanto las Afianzadoras, como las Fianzas que éstas expiden.

En México, las Instituciones de Fianzas se encuentran contempladas como el sector más pequeño del Sistema Financiero Mexicano, y se les ubica en el concepto de Servicio Público; por tal motivo, se ha establecido un régimen de autorización para su funcionamiento. Por tal razón, el Gobierno Federal se ha preocupado por establecer controles eficientes para el desarrollo equilibrado de este sector, el cual se da a través de diversas disposiciones legales, de las cuales la más importante es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, logrando con esto, una acreditada solvencia de las Instituciones Afianzadoras y una intervención en las actividades de las mismas, con el fin de evitar que incumplan en sus obligaciones.

Las Instituciones Afianzadoras no sólo son consideradas como garantes de obligaciones de terceros, sino también, como importantes inversionistas institucionales ya que la Ley-

a que nos hemos referido las obliga a crear reservas por las operaciones que realiza, debiendo de invertir éstas en la forma, términos e institución u organismos del Sector Público que al efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Con estas medidas y otras más, y con la constante vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, podemos asegurar que las Afianzadoras SIEMPRE cumplirán con las obligaciones que asuman a través de la expedición de sus pólizas respectivas, ofreciendo además, una garantía eficaz y suficiente a las obligaciones de la colectividad y a un precio justo.

"Las grandes reservas de numerario creadas por las Instituciones de Fianzas..., les otorga una elevada capacidad de financiamiento que las hace participar activamente en el mercado de capitales. Así mismo, su técnica operativa consistente en recibir dinero a corto plazo para cumplir compromisos futuros que inmovilizan, durante un largo tiempo el ahorro recibido, permite la transformación de éste en fondos que de inmediato coadyuvan dentro del sistema financiero del país al apoyo del desarrollo nacional con alto grado de beneficio para la economía, que se allega así, recursos no inflacionarios".⁶²

62. Sánchez Sotomayor, Jaime: "La importancia de la actividad aseguradora y afianzadora en el desarrollo del país". Discurso pronunciado en el II Congreso Nacional de Productores de Seguros y Fianzas publicado en el No. 13 de la revista mexicana de fianzas, pág. 145.

Estas inversiones permanentes que realizan las Instituciones de Fianzas, se destinan a renglones de interés social dentro de los cuales se encuentran las viviendas ó préstamos hipotecarios para la construcción de las mismas, lo que sin duda se constituye de gran necesidad en nuestra sociedad.

Hasta ahora hemos escrito solamente sobre la solvencia que tienen las Afianzadoras y sus aportaciones a la comunidad en general, sin embargo estas empresas prestan otros muchos servicios que son de gran utilidad, no sólo a los Beneficiarios o Acreedores sino también al Fiado, algunos de estos servicios son los siguientes:

- a) Las Instituciones de Fianzas antes de constituirse--fiadoras de cualquier persona, sea física o moral,-- analiza la capacidad del Fiado o Deudor Principal,-- tomando en consideración algunos de sus antecedentes tales como experiencia en el tipo de trabajo a desarrollar u obligación a cumplir, arraigo, liquidez, - solvencia tanto económica como moral, bienes (principalmente raíces), tratándose de empresas, se analizan sus balances, sistemas de control interno, etc.-- Esta preclasificación que se realiza beneficia a los Acreedores, ya que en muchas ocasiones no pueden realizar ese tipo de gestiones.
- b) Una vez otorgada su garantía, el objetivo principal de las Afianzadoras, es evitar que su Fiado incumpla, por tal motivo en muchas ocasiones (dependiendo del tipo de obligación a garantizar), supervisan el progreso de los trabajos o en algunas ocasiones manejan, junto con los Deudores, los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación; en muchos otros casos, exponen errores y proponen soluciones en los -- sistemas de control interno de las empresas beneficiarias con el fin de evitar desfalcos o delitos patrimoniales dentro de las mismas.

- c) En ocasiones el Beneficiario de una prestación, pretende que ésta se lleve a cabo o se termine y no se conforma con la indemnización pecunaria por el incumplimiento del Fiado, sino que quiere ver concluida la obra o recibir el beneficio por el cual ya pagó; en tales casos puede la Afianzadora sustituir al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, siempre y cuando ésta sea de dar o de hacer y que no sea personalísima, resultando con ésto, una debida atención al reclamo del Acreedor.
- d) Otra de las ventajas que representa la Fianza de Empresa, es que permiten que el Fiado disponga de sus recursos económicos como mejor le convenga, ya sea invirtiendo capital propio para la pronta conclusión de alguna obra, o bien administrando el anticipo que pudiera recibir de la forma como mejor le convenga.

Esto no sucede con algunos otros instrumentos que --pretenden ser utilizados como garantías, tal es el caso de las cartas de crédito, en donde normalmente los bancos que las otorgan requieren que se mantenga en parte o en su totalidad, saldos correspondientes en contragarantía del monto de la carta de crédito y en algunas ocasiones, no se pagan intereses sobre tales saldos y en otros casos, aunque esos saldos ganen intereses los fondos están siempre "congelados", es decir, el Fiado Obligado no puede disponer de la suma que ampara la carta de crédito aunque tenga --otras necesidades de inversión.

- e) En muchas ocasiones, la Fianza de Empresa realiza --servicios sociales al otorgar Fianzas Penales, pues permiten hacer efectiva la garantía consignada por el artículo 20 Constitucional al facilitar la obtención de la libertad provisional a personas que habiendo cometido un delito, tienen buen comportamiento; todo esto a un bajo costo, ya que de otra formarían que constituirse depósitos de dinero en --efectivo o gravar propiedades con las cuales muchas veces no se cuenta.
- f) Permiten el cumplimiento de Convenios de Pago de un Crédito Fiscal, logrando con ésto, una tranquilidad tanto para la Hacienda Pública, como para los particulares que no tienen propiedades sobre las cuales --se pueda constituir un gravamen, o simplemente no --tienen disposición de efectivo para constituir un de

pósito, además de que resulta más fácil obtener una Fianza de Empresa, que pedir a otra persona física, una obligación solidaria que reúna los requisitos -- que exige el Código Fiscal de la Federación.

- g) Facilitan las relaciones comerciales entre los países, es decir, gracias a la solidez de una Fianza de Empresa, por las razones que ya hemos expuesto, se hacen posibles transacciones internacionales tanto de importación, como de exportación de bienes y servicios, lo que permite a nuestro país hacerse de divisas.
- h) La Fianza de Empresa, proporciona tranquilidad a los dueños de inmuebles que rentan los mismos, toda vez que resulta mucho más fácil hacer efectiva este tipo de garantía, que el de una Fianza Civil, ya que como se ha mencionado, las Instituciones Afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión.

En especial este tipo de Fianza de Empresa que garantiza al propietario de un inmueble, el pago de las rentas y de algunos otros gastos que tiene la obligación de hacer el inquilino; ha vuelto a traer a nuestro país, un gran bienestar social ya que en un tiempo el problema de la vivienda resultó uno de los principales, toda vez que nadie quería rentar en virtud de los problemas que traía el cobro de dichas rentas a los inquilinos.

No quiero decir con esto que con la Fianza de Arrendamiento, el problema inquilinario haya encontrado una solución definitiva, pues este tipo de garantías se otorgan por un tiempo y un monto determinados, sin embargo, proporciona al arrendador una confianza y tranquilidad al saber que, pa-

ra que una Afianzadora otorgue este tipo de fianzas, realiza una investigación del inquilino, además de solicitarle ciertos requisitos, los cuales al ser cubiertos, hablan de una solvencia del probable nuevo arrendatario.

Podríamos seguir ennumerando muchos beneficios más que reporta el considerar a la Fianza de Empresa como una garantía útil y necesaria, sin embargo, un análisis de los puntos vertidos sobre esta cuestión, nos permite llegar al convencimiento de que la Fianza otorgada por una Institución debidamente autorizada por el Gobierno Federal, se ha convertido en nuestros tiempos, en un instrumento muy valioso para las relaciones sociales y económicas, no sólo por su bajo costo, sino por la tranquilidad y el beneficio que proporciona a la sociedad en general.

CAPITULO IV

LA FIANZA CIVIL Y DE EMPRESA

4.1 Similitudes.

4.2 Diferencias.

LA FIANZA CIVIL Y DE EMPRESA

La fianza en general, significa una seguridad personal, como mencionabamos en el primer capítulo de este trabajo, es añadir un Deudor Accesorio a uno Preexistente o Principal; lo grandando con esto, aumentar las posibilidades de pago.

La fianza no sólo es una garantía que le sea útil al Acreedor como aseguramiento de que será cumplida la obligación a que se comprometió el Deudor, sino también resulta de gran valía para éste último, pues logra que se tenga mayor confianza en él y en el desarrollo de la actividad a que se dedica consiguiendo, en consecuencia, mayores oportunidades de trabajo que le permitan desenvolverse y crecer.

La Fianza en sí, como una garantía personal, nace en el Derecho civil, sin embargo su utilidad y constante uso, la transportan a otras aptes del Derecho hasta lograr que se ex pidan por personas morales con un carácter de lucro.

Al nacer o desarrollarse la Fianza que conocemos como de Empresa, de la Civil, lógico es que existan similitudes entre las mismas, sin embargo también existen grandes diferencias notables que las hacen ser distintas y como consecuencia, existen ventajas y desventajas de una sobre la otra.

En este capítulo, habremos de referirnos precisamente a eso, a las diferencias y similitudes que existen entre ambas fianzas -la del Derecho Civil y la de Empresa-, así como las ventajas o desventajas que tienen cada una, haciendo la aclaración desde este momento, que en mi personal punto de vista, la Fianza de Empresa resulta mucyo más ventajosa y segura que la civil, además de los múltiples beneficios que analizamos -ya en el punto final del capítulo que antecede.

4.1 Similitudes

Decíamos pues que la Fianza es una Garantía Personal, --tanto en la Civil como para la de Empresa. Nuestro Derecho -sólo reconoce dos tipos de garantías: las Reales y las Personales.

Las garantías reales son la pignoraticia y la hipoteca--ria, y se constituyen siempre sobre bienes, sean muebles o --bienes raíces, los cuales deben ser ciertos y determinados; -en cambio, como garantía personal sólo se reconoce a la Fianza, sea otorgada por persona física o una sociedad anónima en donde se obligan como personas hacia el acreedor, sin necesidad de gravar ningún bien para garantizar sus responsabilidades sino que responden con la totalidad de sus bienes.

Otra característica común de ambas Fianzas, es su cali--

dad de obligación accesoria, es decir, por su misma esencia - requieren de la existencia de una obligación principal, la cual deba ser cumplida por el Fiado.

Algunos autores consideran que se trata de un Contrato Accesorio sin embargo, como ya analizamos en los capítulos anteriores, la Fianza en sí misma, es un Contrato Principal⁽¹⁾, resultanto accesoria la obligación fiadora de una principal.

En ambas fianzas se pueden garantizar deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, aunque como he manifestado debe existir la obligación garantizada, aunque no se conozca el importe de la misma o no se haya hecho líquida, dado que la Fianza tiene plena validez jurídica desde que se contrata, y por tal motivo -dado su carácter accesorio- debe de existir en ese preciso momento la obligación principal, o aunque no se conozca el monto de su importe o deuda.

En los dos tipos de Fianzas, el Fiador puede obligarse a menos y no a más que el Deudor Principal, de tal forma que si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del Deudor, y en caso de duda, se presume que se obligó por otro tanto de la obligación principal.

1. Recordemos que en la Fianza Civil la fuente de la obligación fiadora puede ser también una declaración unilateral de voluntad, como en el caso de las Fianzas Judiciales y legales.

En ambas fianzas cuando el Fiador paga, debe ser indemnizado por el deudor principal, siempre y cuando no se trate de un pago de lo indebido, ya que en tal caso, podrá oponerle el Deudor al Fiador todas las excepciones que podría oponerle al Acreedor al momento de hacerle el pago, o en caso de falta de aviso al Deudor del pago que se realice, éste último paga de nuevo, el Fiador sólo podrá ir en contra del Acreedor y no tendrá derecho a ser indemnizado por el deudor.

Asimismo, en las dos fianzas, el fiador que pagó se subroga por ministerio de ley, en todos los derechos que el Acreedor tenía contra el deudor.

La prórroga o espera concedida por el Acreedor al Deudor sin consentimiento del Fiador, extingue la fianza, tanto en la Civil como en la de Empresa.

Por último mencionaremos que tanto la Fianza Civil como la de Empresa, garantizan la deuda u obligación ajena y nunca la propia, ya que nadie puede ser Fiador de sí mismo.

Hasta aquí podemos decir que lo mismo da tener como Fiador a una persona física que a una institución fiadora, sin embargo las notables diferencias que existen entre ambas, nos conllevan a pensar que la Fianza Civil está en decadencia y casi en desuso, mientras que la fianza de Empresa se encuen-

tra en auge y ampliando su horizonte buscando nuevas obligaciones que le sean susceptibles de ser garantizadas.

4.2 Diferencias.

La primera característica (si es que no la más importante), que diferencia a estos dos tipos de fianza, es que la Fianza de Empresa tiene como elemento específico su onerosidad, es decir, que las partes que intervienen en su contratación se imponen provechos y gravámenes recíprocos. No sucede lo mismo con la Fianza Civil, la cual, aunque puede ser onerosa (artículo 2793 del Código Civil vigente para el D.F.), normalmente se otorga a título gratuito, es en este punto exactamente donde se encuentra la gran diferencia, ya que la Fianza Civil, lo mismo puede ser gratuita, que onerosa, mientras que la Fianza de Empresa forzosamente (Artículo 10. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) tiene un carácter lucrativo y oneroso en donde mientras la Afianzadora se obliga como garante de deuda ajena, existe por otra parte, una contraprestación consistente en el pago de una cantidad de dinero conocido como prima.

Otra diferencia importante, la encontramos en el análisis que realizamos sobre la naturaleza de ambas fianzas, en donde concluimos que la Fianza Civil lo mismo se puede otorgar como contrato (normalmente entre Acreedor y Fiador), que

como declaración unilateral de voluntad (como en las Fianzas Judiciales o Legales), en donde cualquier persona que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley, puede ser fiadora ante la autoridad aún sin el consentimiento del Fiador o del Acreedor (en caso de existir) siendo plenamente válida tal garantía, en cambio la Fianza de Empresa, siempre se otorga en razón a un contrato que lo mismo puede realizarse con el propio deudor u obligado que con cualquier interesado en que se otorgue dicha garantía (solicitante) o incluso con el propio Acreedor (fianza de fidelidad), pero siempre en razón a un contrato y nunca como una declaración unilateral de voluntad de la Afianzadora, ya que la función de esta última como empresa es lucrativa y onerosa, por tal motivo debe existir la persona que otorgue la contreprestación.

Otra gran diferencia existe en los beneficios que gozan los fiadores y las afianzadoras por las garantías que otorgan.

En efecto, el Fiador Civil goza de dos beneficios importantes que le son estrictamente prohibidos para las Afianzadoras. Estos beneficios son los de Orden y Excusión, los cuales representan, para el acreedor, un gran obstáculo para resarcirse en forma expedita del detrimento patrimonial que hubiese sufrido por el incumplimiento del Deudor u obligado, por tal motivo es que, aunque estos beneficios pueden ser re-

nunciabiles, el Acreedor se ha inclinado por la Fianza de Empresa.

Analicemos en qué consisten estos beneficios de los que goza el Fiador.

El beneficio de orden, consiste en que el Fiador no puede ser compelido a cumplir por el Deudor, en caso de incumplimiento de éste sin que previamente el Acreedor haya demandado o reconvenido al deudor.

El beneficio de excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del Deudor al pago de la obligación, la cual quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto (artículo 2815 del Código Civil vigente para el D.F.)

Aunque la Ley se refiera a RECONVENIR al deudor, antes de compeler al Fiador a pagar al Acreedor, y esto no significa que exista una resolución judicial, considero que la parte final del artículo 2814, presupone la existencia de una sentencia ejecutoriada y condenatoria en la cual se establezca la excusión de los bienes del Deudor, así como el valor de los mismos y la cantidad en que reducen el adeudo principal.

Este juicio que se persiga en contra del Deudor Principal, por el Acreedor, es de suma importancia, pues si este ú

timo hubiere sido negligente en promover la excusión, queda responsable de los perjuicios que pueda causar al Fiador.

Pueden darse dos supuestos diferentes en cuanto a estos beneficios:

- El Fiador puede renunciar al beneficio de excusión y no al de orden; en este caso no es necesario que el Acreedor obtenga sentencia condenatoria en contra del Deudor pues puede demandar el pago al Fiador después de haber exigido judicialmente el pago al Deudor, y esto no lo hiciere.

- Puede también renunciarse al beneficio de orden y no al de excusión, en tal caso el Acreedor puede perseguir en un mismo juicio al Deudor principal y al Fiador, mas éste conservará el beneficio de excusión aún cuando se dé sentencia contra los dos (artículo 0822 del Código Civil). En este caso aunque también se condena al Fiador al pago de la suerte principal, tendrá primero que ejecutarse la sentencia en los bienes del Deudor principal, y en caso de que el valor de éstos no alcance a cubrir el adeudo, entonces el Fiador se verá obligado a cubrir el faltante de la suma adeudada.

Cabe hacer mención que para que opere este beneficio de excusión, el Fiador aparte de solicitarlo, debe designar bienes del Deudor que basten para cubrir el crédito y más aún, - que se encuentren dentro del Distrito Judicial donde deba hacerse el pago, y al mismo tiempo, tiene que anticipar o asegurar los gastos que origine la excusión.

Con todos estos requisitos ¿habrá alguien que se comprometa a ser Fiador Civil?. Por una parte para hacer valer sus beneficios, tiene que cumplir con los requisitos que he mencionado, por otra parte, si renuncia a ellos, sólo tendrá derecho a denunciar el pleito al Deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes, pero si la sentencia resulta condenatoria, será el Fiador (Demandado), quien tendrá que realizar el pago, aunque después pueda repetir contra el Deudor, lo que sería materia de otro juicio.

De esta diferencia, podemos concluir que mientras en la Fianza de Empresa la obligación prestada por la Afianzadora es solidaria, en la Fianza Civil resulta ser subsidiaria.

Una diferencia mas que existe entre la Fianza Civil y de Empresa es la que se da referente al otorgamiento de Fianzas de Crédito. Mientras que en la Fianza Civil no existe disposición que impida el otorgamiento de dichas fianzas, en las expedidas por Empresas se dan ciertas reglas de carácter gene

ral expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con el fin de poderlas otorgar.

En efecto durante muchos años, (finales de 1951 a Agosto de 1990), se prohibió en México el otorgamiento de Fianzas de Crédito, en virtud de que las mismas se consideraban peligrosas. Sin embargo y debido a "que las actuales condiciones de desarrollo y crecimiento por las que atraviesa nuestro país - en todos sus aspectos, hacen indispensable una mayor participación del Sector Afianzador en las actividades económicas de los distintos sectores de la economía"² el pasado 24 de agosto de 1990 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reglas de carácter general para el otorgamiento de Fianzas que garanticen operaciones de crédito, siendo las más importantes las siguientes:

a) Se autoriza a las Afianzadoras a otorgar fianzas que garanticen operaciones de carácter crediticio, exclusivamente cuando se trate de:

- 1.- El pago derivado de operaciones de compra-venta - de bienes y servicios o de distribución mercantil.
- 2.- El pago total o parcial, del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documenta

2. Considerando de las reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 1990.

dos en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

- 3.- El pago derivado de contratos de arrendamiento financiero.
 - 4.- El pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de créditos garantizados con certificados de depósitos y bonos de prenda expedidos por un almacén general de depósito.
 - 5.- El pago derivado de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero.
 - 6.- El pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios.
- b) Los demás casos que impliquen operaciones de crédito seguirán prohibidos a menos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los autorice expresamente.
- c) La expedición de fianzas de crédito deberá ser preferentemente masiva, contratando con los acreedores beneficiarios el afianzamiento de la totalidad de sus operaciones para evitar prácticas selectivas.
- d) Para toda fianza de crédito el acreedor beneficiario deberá estar constituido como persona moral.

- e) Deberá comprobarse ante la institución de fianzas la existencia de las pólizas de seguro que correspondan sobre los bienes materia del contrato que origine la expedición de la fianza de crédito respectivo.

Cuando el fiado sea persona física deberá contar adicionalmente con un seguro de vida a favor del beneficiario, que cubra cuando menos el saldo insoluto de crédito.

En las pólizas de seguro que se contraten, las instituciones de fianzas deberán aparecer como primeros beneficiarios haciéndose constar en dichas pólizas que para cualquier cambio se requerirá el consentimiento de la institución fiadora.

- f) La vigencia de este tipo de fianzas deberán constar en la póliza, sin que puedan asumirse obligaciones en forma retroactiva o por tiempo indeterminado. En ningún caso operará en forma automática la renovación o prórroga de las pólizas expedidas.

Las fianzas de crédito se cancelarán automáticamente transcurrido el plazo que la institución de fianzas y el beneficiario hubiesen acordado sin que dicho plazo pueda exceder de 180 días naturales, contado a partir

del día siguiente a aquél en que el fiado debió haber cumplido la obligación.

- g) El derecho para reclamar las fianzas de crédito, caduca en el plazo que de común acuerdo convengan la institución de fianzas y el beneficiario, sin que dicho plazo pueda exceder de 180 días naturales, contado a partir del día siguiente a aquél en que el fiado debió haber cumplido la obligación o del vencimiento de la vigencia de la póliza, caso en que se cancelará automáticamente.

lo anterior es aplicable tanto a las fianzas que sean exigibles en una sola exhibición como para las que lo sean en parcialidades.

Respecto de estas últimas, deberá pactarse expresamente que la falta de pago por el deudor de alguna de -- las parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario a reclamar la fianza de crédito por la totalidad del adeudo insoluto, si la institución fiadora hace el pago de la parcialidad adeudada por el fiado dentro del plazo a que se refiere la Regla siguiente.

- h) Para que la institución afianzadora proceda al pago -- de la reclamación presentada, contará con un plazo --

hasta de 30 días hábiles.

- i) El monto máximo por el que una afianzadora podrá obligarse en la expedición de una fianza de crédito, será el equivalente a la suma global de los márgenes de -- operación de las instituciones del sector afianzador.
- j) Se prohíbe a las instituciones de fianzas garantizar el cumplimiento de obligaciones que impliquen créditos directos como el mutuo, en cualquiera de sus formas, la cuenta corriente y el depósito de dinero.

Esta diferencia entre la Fianza Civil y de Empresa nos - podrá llevar a pensar que esta última se encuentra en desventaja con la primera, sin embargo considero que esto no sucede ya que la disposición de permitir solo cierto tipo de fianzas (de Empresa) de crédito sirve para cuidar la solvencia de las Instituciones Fianzadoras ya que las maquinaciones y la mala fe en operaciones de crédito o de mutuo en cualquiera de sus formas son muy comunes por lo que considero correcta la existencia y aplicación de estas reglas, ya que las operaciones crediticias deben considerarse como peligrosas y en consecuencia deben de tomarse todas las medidas necesarias (Garantías suficientes, Solvencia Moral y Económica del Fianzador, Riesgo de la Obligación Garantizada, etc.) para evitar "Descalabros" en la solvencia de las Instituciones Afianzadoras.

Otra de las grandes diferencias entre estos dos tipos de fianzas, se manifiesta en sus causas de extinción, y es donde nuevamente, la Fianza de Empresa tiene ventajas sobre la Fianza Civil.

En la Fianza Civil, el Fiador que se ha obligado por tiempo indeterminado, queda liberado de su obligación, si el Acreedor no requiere judicialmente al Deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente de la expiración del pago.

Esta es una causa específica de extinción de la Fianza Civil por caducidad, ya que una vez que se haya hecho efectiva la obligación garantizada, es decir, una vez llegado el plazo para el cumplimiento de la obligación, el Acreedor tiene 30 días naturales para requerir al Deudor, si en dicho término no lo hace, habrá liberado al Fiador de su obligación accesoria, por haber transcurrido el término que marca la Ley.

También se puede liberar el Fiador Civil de su obligación, cuando al acreedor sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el Deudor, en este caso opera lo que podíamos llamar la caducidad de instancia, que no es otra cosa sino la presunción legal de que los litigantes han abandonado sus pretensiones ya que se abstiene de gestionar en los autos por un plazo determinado.

Estas causas de extinción no se dan en la Fianza de Empresa, ya que son consecuencia lógica de que en la misma no se goza de los beneficios de orden y excusión, sin embargo, si un Fiador Civil renunciara a estos beneficios, ¿podría hacerse valer esta causal de extinción en caso de un requerimiento por incumplimiento del Deudor?. Considero que no, toda vez que al ser renunciados estos beneficios, el Acreedor no tiene ninguna obligación de promover en contra del deudor y puede requerir directamente al Fiador aún transcurrido el plazo de un mes que marca el Artículo 2848 del Código Civil, en virtud de que la Ley no marca un término para realizar dicho requerimiento al Fiador, en tales casos el plazo se extendería en los términos del Capítulo III del Título Séptimo del Libro Segundo del Código Civil.

Otra causa de extinción de la Fianza Civil que la hace diferente a la Empresa, es la contemplada en el Artículo 2849 del Código Civil que establece que "si la Fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el Fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible de pedir al Acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de su obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover sin causa justificada por más de tres meses, el Fiador quedará libre de su obligación".

Esta es una causa de extinción de la Fianza Civil, no --

muy clara y que deja una laguna en su aplicación. Este artículo concede al Fiador un derecho consistente en solicitar al Acreedor que promueva judicialmente pero ¿en contra de quien? del Deudor principal o del mismo Fiador, si el Fiador no ejerce ese derecho ¿podrá hacer valer esa excepción cuando sea requerido?.

En mi personal punto de vista, considero que si el Fiador no exige al Acreedor que promueva judicialmente, no podrá después hacer valer el transcurso del tiempo (fijado en dicho artículo) a su favor.

En el caso del último párrafo del citado artículo, si es factible que una vez que el Acreedor ha entablado un juicio contra el Deudor, y que sin causa justificada deje de promover por más de tres meses, opere la caducidad liberatoria de la obligación del fiador.

En la Fianza de Empresa estas dos formas de extinción no se dan por disposición expresa de la Ley que las rige, en su artículo 118, y además por no gozar de los beneficios de orden y excusión. (artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, "Las Instituciones de Fianzas no gozarán 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. Tampó

co se extinguirá la Fianza cuando el Acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el "Deudor".)

Otra diferencia que existe entre la Fianza Civil y la otorgada por Empresa es que esta última, por su naturaleza onerosa y expedición sistemática, se lleva a cabo mediante contratos de adhesión, es decir, contratos cuyo clausulado general ha sido redactado previamente por parte de la Afianzadora, ya que la producción sistemática sólo es posible con clausulado uniforme, sin embargo no hay que olvidar que cada uno de estos contratos son diferentes entre sí, ya que cada uno de ellos debe establecer claramente la obligación principal a garantizar.

Por su parte, la Fianza Civil se otorga normalmente mediante la firma del Fiador en el mismo contrato que se pretende garantizar, (Cuando se trata de contratos), verbal, tácita o expresamente, pero no se utilizan contratos previamente formulados ya que se otorgan ocasionalmente.

Dentro de este mismo punto, mencionaremos que mientras en la Fianza Civil no se pueden otorgar fianzas en forma de pólizas (artículo 2811 del Código Civil), en las fianzas de Empresa es un requisito indispensable mediante el cual se comprueba que las instituciones de Fianzas han asumido obligacio

nes como Fiadoras (artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Como podemos observar, la Legislación que rige ambas - - Fianzas, también es diferente, ya que la Fianza Civil se rige por lo establecido en el Título Decimotercero de la Segunda - Parte del Libro Cuarto del Código Civil cuando se trata del - Distrito Federal, sin embargo recordamos que la Legislación - Civil varían en cada Estado, por lo tanto podemos decir que - la Fianza Civil tiene un carácter local que varía según los - diferentes códigos que rigen en los Estados de la República.

En cambio la Fianza de Empresa tiene su legislación propia, de carácter Federal que rige en toda la República (Ley - Federal de Instituciones de Fianzas), sin embargo y dado que esta Ley sufre de algunas Lagunas, se apoya en otra Ley de carácter federal, que es el Código de Comercio y más aún, en lo que no esté previsto por la referida Ley ni el Código de Comercio, se podrá aplicar el Código Civil, pero no cualquier Código Civil Local, sino única y exclusivamente el del Distrito Federal, en su mencionado Título Décimo Tercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto (Artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Como una consecuencia lógica de la anterior diferencia, podemos decir que también difieren ambas fianzas, en la mane-

ra en que deben de hacerse efectivas una vez que el Fiado ha incumplido, ya que mientras en la Fianza Civil el Acreedor -- tiene que utilizar un juicio ordinario (no olvidemos los beneficios de orden y excusión); en la Fianza de Empresa existe un procedimiento especial, el cual resulta más ágil, expedito y efectivo, ya que en términos concedidos a las partes para llevar a cabo el procedimiento, son más reducidos que en los Ordinarios Civiles.

Esta resulta otra gran diferencia entre ambas Fianzas y otra gran ventaja que representa la de Empresa ya que en todos los procedimientos que se sigan contra las Afianzadoras, interviene la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la -- cual ejecuta directamente las sentencias o mandamientos de embargo dictados contra las mencionadas Instituciones, e incluso tiene la facultad de ordenar el remate en bolsa de valores propiedad de las instituciones, y poner a disposición de la -- autoridad que conozca del juicio la cantidad correspondiente, lo cual proporciona una enorme confianza a todo aquel que contrate o que exiga una Fianza de Empresa como garantía del cumplimiento de una obligación.

Ya que estamos hablando sobre las legislaciones que rigen a ambas Fianzas, diremos que el Fiador que paga por el -- Deudor, tiene mayor facilidad de resarcir su patrimonio en -- las Fianzas de Empresa, ya que la misma Ley Federal de Insti-

tuciones de Fianzas, le concede a la misma un valor ejecutivo es decir, con la simple certificación del contador de que la Institución de Fianzas pagó al Beneficiario, acompañada del -- contrato celebrado y de la póliza correspondiente, facultan a la Empresa para ejercitar la acción cambiaria directa en contra del Deudor-Fiado, conforme al procedimiento establecido - en el Código de Comercio. En cambio el Fiador Civil que paga por el Deudor Principal, podrá recuperar lo pagado mediante - un Juicio Ordinario, el cual resulta menos expedito y efectivo que el ejecutivo.

Otra diferencia entre estas dos fianzas, es la que se da cuando se trata de Fiadores Judiciales, es decir, aquellos -- que se dan por disposición de la Ley o por Providencia Judicial. En estos casos, el Fiador Judicial Civil, debe tener -- bienes inmuebles inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuando la obligación exceda de mil pesos, asimismo, - el Código Civil exige a la autoridad judicial dar aviso al Registro Público para que al margen del folio correspondiente - al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del - Fiador, se realice una anotación preventiva de que se ha otorgado dicha garantía, so pena en caso de no hacerlo será responsable de los daños y perjuicios que se causen con dicha -- omisión.

Esta anotación no convierte a la Fianza en una garantía

real como podía pensarse, sino que sigue conservando su carácter de garantía personal, ya que dicha anotación sólo tiene como consecuencia que el Fiador no caiga en estado de insolvencia, o en el caso de que esta última resulte de la venta del inmueble, la misma se presume fraudulenta.

Antes de concluir este capítulo, quisiera referirme a una gran diferencia que existe entre la Fianza Civil y la otorgada por Empresa en cuanto al bien protegido, es decir, la importancia de la obligación principal susceptible de garantizar.

En la Fianza Civil se protegen intereses personales muy particulares, es decir, se protege el patrimonio de un Acreedor en una relación jurídica, el cual normalmente utiliza esa relación contractual en beneficio propio y no de la colectividad; de igual forma, la Fianza Civil facilita el otorgamiento de créditos, los cuales generalmente no tienen una finalidad de interés colectivo, sino únicamente individual. En cambio la Fianza de Empresa otorga sus garantías en beneficio de la comunidad, de ahí que se haya considerado como un servicio público.

Los intereses protegidos por la Fianza de Empresa, son en cierta medida, en beneficio de la economía de la sociedad, ya que garantiza, por poner un ejemplo, construcciones fastuo

sas que van desde hospitales, escuelas, etc., hasta viviendas de interés social y por regla general este tipo de edificaciones son contratadas por el Gobierno Federal que utiliza medios propios formados con los impuestos de la colectividad o por empréstitos.

Podríamos seguir mencionando ejemplos de obligaciones -- que son garantizadas con Fianzas de Empresa y que muy difícilmente podrían ser garantizadas con una Fianza de tipo Civil, sin embargo, esto resultaría repetitivo toda vez que al referirnos en la parte final del capítulo anterior a la utilidad de la Fianza de Empresa, y en este capítulo en especial, a las similitudes y diferencias que existen entre ambos tipos de fianzas; podemos llegar a la conclusión de que la Fianza de Empresa tiene una mayor ventaja para la sociedad en general, incluyendo tanto a Acreedores-beneficiarios como Deudors-Fiador; y que la Fianza Civil, dadas las condiciones que la rigen y su contraposición con la Fianza de Empresa, está cada vez más en desuso.

CONCLUSIONES

1.- La figura jurídica de la fianza en general significa una seguridad personal, por la cual se añade un deudor accesorio a uno preexistente o principal, logrando con esto aumentar las posibilidades de pago. Así el carácter accesorio de la fianza es una de sus principales características, recordando que su accesoriedad puede ser tanto sobre un contrato como con una obligación principal.

2.- Nuestras leyes reconocen la existencia de tres tipos diferentes de Fianza Civil, que son: la Legal, la Judicial y la Convencional. Cada uno de estos tipos tiene una naturaleza diferente:

La Fianza Convencional es siempre un contrato, pues existe un acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador, el primero es el que tiene el derecho de aprovecharse de esa obligación accesoria y por su parte el fiador sólo se obliga ante el acreedor, de modo que el deudor principal no forma parte de este contrato.

La Fianza Judicial es una declaración unilateral de voluntad del fiador, para constituirse como tal ante el Tribunal, generando las obligaciones inherentes a su garantía una vez que cumpla con los requisitos exigidos por la autoridad.

La Fianza es Legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la ley; por lo tanto el fiador puede expresar su declaración unilateral de voluntad para constituirse como tal, sin necesidad de contrato alguno.

3.- La Fianza Civil Convencional se clasifica de la siguiente manera:

- a) Es un contrato nominado
- b) Accesorio de una obligación principal
- c) Es un contrato unilateral cuando es gratuito y bilateral cuando es oneroso
- d) Consensual en oposición a formal
- e) En los casos en que el contrato es oneroso se subclasifica en aleatorio en contraposición del conmutativo.

4.- El Fiador Civil goza de los siguientes beneficios:

- a) De Orden.- El fiador no puede ser demandado hasta -- que no se haya procedido primeramente en contra del deudor principal.
- b) De Excusión.- El acreedor debe tomar primero los bienes del deudor principal para cobrarse la deuda o hasta donde alcance a cubrir la misma y sólo así podrá requerir al fiador por la cantidad que quede sin cubrir.
- c) El de División.- Si son varios los fiadores y uno de ellos es demandado para cumplir su obligación, podrá --

hacer citar a los demás confiadores para que se defienda en forma conjunta o para que les pare perjuicio la sentencia emitida en la proporción debida.

5.- La Fianza Civil se extingue por vía directa y por vía indirecta. Esta última es una consecuencia lógica-jurídica del carácter accesorio de la fianza y también se le concede como vía de consecuencia ya que al extinguirse la obligación principal; como consecuencia se extingue la fianza. Mientras que por la vía directa la fianza se extingue como cualquier otra obligación.

También puede extinguirse la fianza por causas específicas y que se encuentran expresamente señaladas en el Código Civil del Distrito Federal en los Artículos 2845 al 2849, las cuales dejan subsistente la obligación principal, como por ejemplo en el caso en que el acreedor conceda prórroga o espere al deudor sin consentimiento del fiador.

6.- Como concepto de fianza de empresa podemos dar el siguiente:

Se trata de una garantía personal expresada en un contrato de adhesión con estipulación a favor de tercero, forzosamente oneroso y accesorio a una obligación principal, en virtud del cual una institución de fianzas se compromete ante un acreedor (tercero o beneficiario) a cumplir por el deudor

principal (fiado) en caso de que este último incumpla parcial o totalmente su obligación, debiendo constar dicha garantía - en un documento llamado póliza. Esta póliza es el documento mediante el cual se manifiesta la aceptación de la afianzadora a la propuesta o solicitud que se le presentó. Es un documento probatorio de que la fianza se expidió.

7.- La fianza de empresas tiene cuatro variedades que son:

- a) Fianzas de fidelidad
- b) Fianzas judiciales
- c) Fianzas en general
- d) Fianzas de crédito autorizadas por la S.H. y C.P.

En las fianzas conocidas como de fidelidad, la naturaleza jurídica es diversa de los otros tipos de fianza. Se trata de un contrato bilateral ordinario celebrado entre acreedor y fiadora, donde el primero (Patrón) paga una prima y la afianzadora garantiza las responsabilidades de carácter delictuoso que pudieran cometer uno o más empleados en contra del acreedor (En la práctica puede darse el caso de que contraten fiado y fiador a favor del acreedor, en tal caso la naturaleza sería un contrato con estipulación a favor de terceros).

En las 3 restantes clases de fianzas de empresa, el contrato se celebra entre fiador (afianzadora) y el fiado o el solicitante.

8.- La naturaleza jurídica de la fianza de empresa (salvo en las de fidelidad) es un contrato (acuerdo de voluntades -- que crea derechos y obligaciones) con estipulación a favor de terceros, celebrado entre la afianzadora y el fiado o el solicitante a favor del acreedor, perfeccionándose en los términos del Artículo 1870 en relación con el 1796 ambos del Código Civil del Distrito Federal, con el mero consentimiento de las partes (recordemos que este contrato es forzosamente oneroso).

El Artículo 1868 del ordenamiento legal invocado permite hacer contratos con estipulación a favor de tercero, lo que refuerza nuestro punto de vista.

9.- El contrato de fianza de empresa es bilateral ya que se trata de un acuerdo de voluntades que crean derechos y obligaciones recíprocos; es oneroso, por disposición de la ley; es aleatorio, pues al momento de su celebración se desconocen las prestaciones de las partes; es consensual, en oposición a real toda vez que no se hace necesaria la entrega de ninguna cosa; es formal, en oposición a consensual ya que la ley de la materia establece que las afianzadoras sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas, aunque no podemos considerarlo como un contrato solemne, toda vez que la inexistencia de la póliza no significa -- que la garantía no exista pues puede confirmarse expresa o tácitamente, o bien por algún otro medio de prueba; decimos que

el contrato de fianza es principal pues no siempre depende de la existencia de otro contrato, aunque cabe aclarar que siempre es accesorio a una obligación principal que puede ser o no otro contrato; es instantáneo, toda vez que las obligaciones de las partes surgen en el momento de la celebración del contrato; es nominado, puesto que tiene una ley particular -- que lo rige; es definitivo ya que las partes no se obligan a celebración de un contrato futuro; es de garantía porque sirve para asegurar o reforzar el cumplimiento de un deber u - - obligación; es de empresa, en virtud de que sólo puede ser celebrado por sociedades anónimas autorizadas para tal efecto; es de adhesión, porque se utilizan para su celebración formularios impresos, y por último, decimos que es con estipulación a favor de terceros ya que la finalidad del mismo consiste en que la afianzadora garantice a un tercero ajeno al contrato, el cumplimiento de una obligación o un deber a cargo de su deudor.

10.- Aunque la esencia sea la misma, existen varias diferencias entre la Fianza Civil y la de Empresa, encontrando entre las principales las siguientes:

- a) La fianza de empresa, por disposición de la ley, debe ser forzosamente onerosa, mientras que la fianza civil puede ser también a título gratuito.
- b) Mientras que la fianza civil puede otorgarse como contrato o como declaración unilateral de voluntad, la --

fianza de empresa siempre se otorga en razón a un contrato.

- c) El fiador civil goza de los beneficios de orden y excusión mientras que en la fianza de empresa no existen dichos beneficios.
- d) En virtud del inciso anterior la obligación del fiador civil resulta subsidiaria, mientras que la de la institución de fianzas es solidaria.
- e) La fianza civil se puede extinguir si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal dentro del mes siguiente de la expiración del pago, cuestión que no se da en la fianza de empresa.
- f) También se puede liberar el fiador civil de su obligación cuando el acreedor sin justa causa, deje de promover por más de tres meses en el juicio entablado contra el deudor; esta causa de extinción no se da con las fianzas expedidas por instituciones afianzadoras.
- g) Las fianzas civiles no se pueden otorgar en forma de pólizas mientras que en las de empresa es un requisito.

La forma de hacer efectivas las fianzas es diversa ya que en la fianza civil se sigue un juicio ordinario, en la fianza de empresa existe un procedimiento especial.

11.- Las principales similitudes que existen entre la fianza civil y la de empresa son las siguientes:

- a) Ambas fianzas son una garantía personal en contra-posición a las reales.
- b) Requieren de la existencia de una obligación principal.
- c) Ambas fianzas pueden garantizar deudas futuras.
- d) El fiador puede obligarse a menos pero nunca a más de la deuda principal.
- e) En ambas fianzas el fiador que pagó se subroga por Ministerio de Ley, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.
- f) La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza, tanto en lo civil como en la de empresa.
- g) Tanto la fianza civil como la de empresa garantizan la deuda u obligación ajena y nunca la propia, ya que nadie puede ser fijador de sí mismo.

12.- Por todo lo expuesto en el presente trabajo, considero que siempre resulta más ventajoso garantizar una obligación con fianza expedida por una institución afianzadora, que con una fianza de tipo civil, ya que mientras esta última se encuentra en decadencia y casi en desuso, la fianza de empresa se encuentra en auge y ampliando sus horizontes, buscando nuevas obligaciones que le sean susceptibles de ser garantizadas.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS JURIDICAS.

- BADRESH, LUIS: "Curso Elemental de Garantías Constitucionales" Primera Edición, Editorial Jus, S.A., México D.F. 1977.
- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: "Obligaciones Civiles", Tercera Edición, Editorial Haria, S.A. México D.F. 1984.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE: "Instituciones de Derecho Civil Español", Tomo II, Madrid 1959.
- DE LA GARCIA, SERGIO FRANCISCO: "Derecho Financiero Mexicano", Décima tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 1985.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: "El derecho Privado Romano", Décima Edición, Editorial Esfinge, S.A., México 1979.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Sexta Edición, Editorial Esfinge, S.A. México D.F. 1984.
- FRAGA, GABINO: "Derecho Administrativo", Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México 1973.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO: "Derecho Civil, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1982.
- GARCIA, TRINIDAD: "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 1953.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO: "Derecho de las Obligaciones", Quinta Edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue. 1986.
- LOZANO NORIEGA, FRANCISCO: "Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos", Editado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, D.F. 1982.
- PETIT, EUGENE: "Trato Elemental de Derecho Romano", Traducción de José Fernández González, Editorial Epoca, México, D.F. 1977.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN: "Derecho Mercantil", Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1980.

- RQJINA VILLEGAS, RAFAEL: "Compendio de Derecho Civil IV", Decimocuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. -- 1982.
- RUIZ RUEDA, LUIS: "Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos", Edición Conmemorativa realizada por Fianzas México, S.A., México, D.F. 1985.
- RUIZ RUEDA, LUIS: "La Fianza de Empresa a favor de Terceros", Primera Edición hecha por el autor, Librería de Manuel Porrúa, México, D.F. 1956.
- RUIZ RUEDA, LUIS: "El contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio", Primera Edición hecha por el autor, Imprenta Arana, S.A., México, D.F. 1960.
- SANCHEZ MEDAL, RAMON: "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México

TESIS PROFESIONALES.

- ALVAREZ CANELO, JOSE GUADALUPE, "Noción y Distinciones de la Fianza de Empresa", Tesis Escuela Libre de Derecho, México, D.F. 1962.
- CERVANTES ALTAMIRANO, EFREN, "Fianza de Empresa", Universidad Nacional Autónoma de México, México 1950.
- CONCHA MALO, RAMON, "Fianza Civil, Mercantil y de Empresa, Exposición Sistemática", Escuela Libre de Derecho, México - D.F. 1977.
- IBARRIABAL JIMENEZ, HUMBERTO, "El Reafianzamiento en México", Universidad Nacional Autónoma de México, México 1950.
- OLEA ELIZALDE, PEDRO, "Relación Jurídica entre el Beneficiario y la Empresa Afianzadora", Universidad Nacional Autónoma de México, México 1975.
- PALACIOS ARROYO, ERNESTO AUGUSTO, "La Fianza de Fidelidad y sus Consecuencias Jurídicas", Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1989
- SOLIS MARIN, JOSE ALBERTO, "El Procedimiento de Ejecución en la Fianza de Empresa", Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1974.

LEGISLACIONES.

CODIGO CIVIL del 13 de Diciembre de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, Imprenta Dirigida por José Batiza, México, .DF. 1870.

LEGISLACION SOBRE FIANZAS, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México 1958.

LEY DE INSTITUCIONES DE FIANZAS 1942.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1950.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, Décima Quinta Edición, Ediciones Andrade, México, D.F. 1986.

OTRAS FUENTES.

ALVARADO GONZALEZ, HECTOR, "Apuntes sobre Fianza Judicial", - Proporcionados por la Asociación de Compañías Afianzadoras de México, México, D.F. 1989.

ASPECTOS JURIDICOS Y FINANCIEROS DEL DESARROLLO DEL SISTEMA AFIANZADOR, México, 1987.

DIARIO OFICIAL del 6 de Diciembre de 1951.

DIARIO OFICIAL del 24 de Agosto de 1990.

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN EL AMPARO EN REVISION 5013/56 Promovido por Compañía de Fianzas México, S.A.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, "Diccionario para Juristas", Primera Edición, Editorial Mayo, México, D.F. 1981.

RUIZ QUIROZ, HUMBERTO, "El Contrato de Fianza no es Accesorio", Estudio publicado en la Revista Mexicana de Fianzas, -- Ejemplar Número 15, México, D.F. 1982.

SANCHEZ SOTOMAYOR, JAIME, "La Importancia de la Actividad Aseguradora y Afianzadora en el Desarrollo del País", Discurso pronunciado en el II Congreso Nacional de Productos de Seguros y Fianzas, publicado en la Revista Mexicana de Fianzas en su Ejemplar Número 13, México, D.F. 1979.