

176
253



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"
SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

EL CONTRATO DE FIANZA
EN MATERIA MERCANTIL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
VICTOR HOYOS GANDARA

San Juan de Aragón, Edo. de México.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

"EL CONTRATO DE FIANZA EN MATERIA MERCANTIL"

INTRODUCCION	IX.
------------------------	-----

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

1.1. El derecho	12.
1.1.1 Concepto	13.
1.1.2 Generalidades	18.
1.1.3 Fuentes	22.
1.2. Derecho Civil	26.
1.2.1 Concepto	27.
1.2.2 Generalidades	27.
1.3. Derecho Mercantil	29.
1.3.1 Concepto	29.
1.3.2 Generalidades	31.
1.4. Diferencias.	33.

CAPITULO SEGUNDO

LOS CONTRATOS EN GENERAL

2.1. El Contrato	35.
2.2. Elementos de existencia del contrato	37.
2.2.1 Consentimiento	37.
2.2.2 Objeto	39.
2.3. Requisitos de validez del contrato	40.
2.3.1 Capacidad	41.
2.3.2 Ausencia de vicios en el consentimiento	46.
2.3.3 Objeto, motivo o fin lícito	52.
2.3.4 La forma	53.
2.4. Clasificación de los contratos	55.
2.5. Los contratos mercantiles	57.
2.5.1 Elementos de existencia	60.
2.5.2 Requisitos de validez	63.
2.5.3 Clasificación	73.

CAPITULO TERCERO

EL CONTRATO DE FIANZA EN MATERIA MERCANTIL

3.1. Concepto	75.
3.2. Elementos de existencia	79.
3.3. Requisitos de validez	82.
3.4. Elementos personales y materiales	87.

3.5. Especies de fianzas 89.
3.6. Importancia 91.
3.7. Justificación 93.
3.8. Funcionamiento de la afianzadora 94.
3.9. Efectos jurídicos 111.
3.10. Modalidades 120.
3.11. Reafianzamiento y Coafianzamiento 122.
3.12. Extinción de la fianza 124.
3.13. Características 130.

CONCLUSIONES. 132.

BIBLIOGRAFIA 137.

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

La actividad económica aparece desde el momento en que el hombre tiene una cosa en propiedad privada, esto es, puede disponer libremente de ella, es por eso que cuando necesitaba satisfacerse intercambiaba una cosa por otra, como forma de comercio, pues se regía por el valor de uso, y que consistía en que el valor de la cosa se tazaba de acuerdo a la utilidad que tuviera o a la necesidad que cubriera.

El hombre al darse cuenta de la forma en que se daba este origen de comercio y los beneficios que se obtenían decidió dedicarse a ello, dando inicio al comercio y al comerciante; debemos señalar la importancia que ha tenido dentro de todo este proceso o desarrollo, la agricultura y la ganadería. Es tan importante el comercio para el hombre a través de su historia hasta nuestros días, que nada escapa a él, las cosas, bienes muebles e inmuebles, los derechos, etc..., en fin, todo, el mismo hombre a sido motivo de comercio.

Debido a esto, nació la necesidad de tener una organización jurídica que determine todos y cada uno de los problemas que se presenten y en consecuencia las posibles soluciones, así como los organismos que deberán aplicarlas (el derecho y el Juez), por regla general hemos heredado las disposiciones del Derecho Romano, el cual manejaba un solo derecho (común), que comprendía todo, disposiciones civiles, administrativas, penales, comerciales, etc..., es por ello que encontramos que este derecho comercial o mercantil, tiene su base o fundamento en el derecho civil, pero día con día se ha generado la necesidad social de tener disposiciones autónomas, es decir, independientes de otras, y que regulen adecuadamente la materia, es por ello que el Derecho Mercantil quiere obtener su propia regulación y no depender del derecho civil, que era eficaz para los pueblos antiguos.

Por lo anterior, existen en la legislación mexicana una duplicidad de normas jurídicas civiles y mercantiles, que en algunos de los casos provocan ciertas dificultades para su aplicación, de los cuales podemos mencionar, la venta civil y mercantil, préstamos, comisión, etc..., y en particular la fianza civil y mercantil.

Nos hemos propuesto la tarea en el presente trabajo de investigar y establecer las fianzas que por su naturaleza sean de orden común y cuales pertenecen a la materia comercial.

Nuestro estudio contiene tres capítulos, parte del método deductivo, es decir de lo general a lo particular; Analizamos el contrato en general, el contrato civil y mercantil para que nos aporten elementos de juicio para poder estudiar, por último a la fianza y establecer, cuando será civil y cuando mercantil, así como sus elementos, efectos, requisitos y funcionamiento.

El contrato de fianza, aún cuando es un contrato accesorio, mantiene su importancia ya que representa la base para poder realizar muchos actos jurídicos que sin ella no nacerían y por ende no causarían efectos de derecho, limitando la esfera jurídica de los gobernados.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

La presente investigación se realizó con el fin primordial de obtener elementos de juicio para poder determinar la existencia de una figura llamada FIANZA, en el campo del Derecho común y del Mercantil.

1.1 EL DERECHO.

Para dar inicio a nuestro trabajo debemos hacer el análisis de lo que se debe entender como derecho, pues para toda sociedad es importante el poder encontrarse en armonía lo que se conoce como orden social, siendo la única forma de que el hombre se desarrolle plenamente en una interrelación con sus semejantes.

El derecho regula su propia creación; el orden normativo, no está integrado por un conjunto de normas aisladas y sin vinculación, sino por una serie jerarquizada de diversos sistemas jurídicos que se unen entre sí para

desembocar directamente en lo que es la norma fundamental, esto es, la Constitución. Y es precisamente a ese sistema jurídico que lo relacionamos en forma general con el derecho.

Muchas veces podemos preguntarnos, ¿qué es el Derecho?, las respuestas pueden ser infinitas ya que cada persona tiene un punto o conceptualización al respecto, de acuerdo a los factores que hayan afectado o dirigido su vida, (moral, religión, ideología política, familiar, convencionalismos sociales, raza, etc...), por lo tanto, es muy difícil poder llegar a tener una definición o concepto general del Derecho.

1.1.1 CONCEPTO.

Desde el punto de vista etimológico, es obvio que derecho puede hacerse derivar de dirigere (directum) o de regere (rectum) y a partir de ellos, Dirittio en Italiano, Droit en Francés, Right en Inglés, y así sucesivamente con larga y constante derivación. Es siempre la misma palabra y siempre el mismo concepto. Al hablar de Derecho se expresa el concepto de algo que viene dirigido, regido, o sea, disciplinado con fuerza inflexible; y esta cosa es siempre por definición una actividad humana, que se desenvuelve para cierta finalidad individual y colectiva. El derecho es pues, la regla general obligatoria.

En cuanto a su definición, existe una enorme variedad de éstos.

Planiol considera que: "el derecho es el conjunto de reglas a las cuales, bajo la sanción del poder social, está sometido el uso que el hombre hace de la libertad en sus relaciones con sus semejantes."(1)

Para Bonnacase "El derecho es el conjunto de reglas de conducta exteriores que consagradas o no expresamente por la ley en su sentido genérico, aseguran efectivamente en un medio dado y en una época dada, la realización de la armonía social, sobre el fundamento, por una parte de las aspiraciones colectivas o individuales y, por la otra, de una concepción un tanto precisa de la noción del derecho."(2)

En tanto Goldsmidt se refiere al derecho diciendo que "es el complejo de normas sociales atributivas. Más concretamente: El complejo de las normas generales e inquebrantables producidas por la cultura de una sociedad e inspiradas en la idea de justicia, que, para posibilitar la existencia de los hombres, les impone deberes de hacer y omitir, típicamente correlativos con derechos, y que, en general, establecen contra la violación de los deberes, la represión por parte de la comunidad organizada."(3)

(1) Citado por Rojina Villegas, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano", 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1986, pág. 10.

(2) Citado por Rojina Villegas, Rafael.- ob. cit. pág. 14.

(3) Idem. pág. 20.

Kant, en el siglo XVII, afirma que "el derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la de otro, según una ley universal de libertad."(4)

Para Ihering, el Derecho "es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, fundada en el poder coactivo del estado."(5)

Stammler considera que el derecho "es el querer autárquica e inviolablemente entrelazante, o bien la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable."(6)

Por otra parte entendemos a la independencia o autosuficiencia del Estado en el orden Político o económico, esto constituye históricamente una aspiración de todo Estado.

Siguiendo al Licenciado Vallado Berrón podemos mencionar que dentro de esta gran variedad de definiciones o concepciones históricas del derecho existen ciertas características de semejanzas o diferencias que permiten, de este amplio panorama, poder reducir a unas cuantas corrientes fundamentales.

PRIMERA CORRIENTE.- Es aquella que niega la posibilidad de un conocimiento objetivo del derecho, ya que los autores lo presentan como un arte o técnica social, al servicio de cualquier ideología política o religiosa. Son quienes

(4) Citado por Vallado Berrón, Fausto.- "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Herrero, México 1961, pág.17 .

(5) Citado por Vallado Berrón, Fausto.- ob. cit. pág. 17.

(6) Idem. pág. 18.

colocan al orden jurídico como instrumento de justicia y bondad.

SEGUNDA CORRIENTE.- En esta corriente se considera al derecho como una parte de la naturaleza, como un orden justo o que tiende a realizar la justicia.

TERCERA CORRIENTE.- Es una dirección que mira al derecho como un orden eficaz en el campo de las relaciones de causación, es aquel derecho que realmente acata la colectividad.

CUARTA CORRIENTE.- Es en la que los autores colocan al derecho como un orden coactivo de la conducta. Aunque no todos los autores expresan con igual pulcritud el postulado de la coerción.

En nuestro régimen jurídico, podemos dar a el Derecho diferentes y variables acepciones, como a continuación enunciamos:

Derecho Objetivo.- "Conjunto de normas imperativas, atributivas y constitutivas de un ordenamiento jurídico." (7)

Derecho Subjetivo.- "Facultades reconocidas al individuo por la Ley para efectos determinados." (8).

Derecho Vigente.- "Normas que en un lugar y en una época determinada, el Estado considera obligatorias." (9).

Derecho Positivo.- "Es el que se observa.

(7) García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho", 20a. ed. Ed. Porrúa, México 1977, pág. 36.

(8) García Máynez, Eduardo.- ob. cit. pág. 37.

(9) Idem. pág. 37.

Conjunto de normas que efectivamente se están observando, aunque éstas hayan dejado de estar vigentes o todavía no hubieren sido elevados a tal categoría."(10).

En términos generales podemos determinarlo para su estudio como se expone, pero en realidad el derecho se divide en una serie de ramas para su estudio y para su aplicación, pero sin pensar que son muchos sino, es uno sólo aunque se establezcan una serie de ellos.

Podemos determinar que éste se divide para su aplicación en; Constitucional, aquel que estudia nuestra Carta Magna, los derechos que emanan de ellas y las obligaciones que se derivan como mexicanos; así como se da nacimiento a las Garantías Individuales y el Juicio de Amparo; el Administrativo, es aquel que se encarga del estudio y aplicación de la relación del Estado mismo y con los gobernados; el Agrario, que se encarga de la regulación del campo, la tierra, el ejido, etc..., que actualmente fué modificado por el Ejecutivo Federal; el Penal, que se encarga del estudio de los delitos en general, que pueden ser locales o federales y que en verdad se encuentra en constante cambio, por las necesidades sociales; Procesal, se encarga de la regulación de los juicios y medios para su desarrollo, en términos generales y forma de la aplicación de la justicia, en todas la materias, civil, penal, etc..., el Civil como el conjunto de disposiciones que regulan a los

(10) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", 2a. ed., 4a. reimp. Ed. Limusa, México 1979, pág. 24

particulares y sus relaciones entre sí, se subdivide en varias partes: Familiar, Patrimonio y Bienes, de las personas y Sucesiones; el Mercantil que se encarga de regular los actos de comercio, su organización y función en general; del trabajo, normas que regulan las relaciones entre los factores de producción, el trabajador y el patrón y las condiciones especiales y generales en que éste se lleva a cabo, jornada de trabajo, salario, etc...; Fiscal, que se encarga de la relación de los gobernados con el fisco, impuesto, derechos y contribuciones, etc...; existen una innumerable serie de derechos o ramas de este, pero que como se dijo sólo hay un Derecho.

En mi opinión debemos entender como DERECHO; AL CONJUNTO DE NORMAS JURIDICAS ORDENADAS QUE CREA EL ESTADO PARA REGULAR LA VIDA DEL HOMBRE EN SOCIEDAD Y QUE TIENE COMO FIN SUPREMO LA JUSTICIA.

1.1.2 GENERALIDADES

El Derecho tiene características especiales y particulares que lo van a diferenciar plenamente de otras normas o disposiciones, como son los religiosos, morales, convencionalismos sociales, etc..., que se desprenden al señalar que se constituye de normas jurídicas HETERONOMAS BILATERALES, EXTERIORES Y COERCITIVAS.

Son Heterónomas pues son creadas por un sujeto distinto del destinatario de las normas.

Es Bilateral, porque impone deberes y concede facultades, (Derechos y Obligaciones).

Es externo, regula la conducta exterior, los hechos y actos que realiza el sujeto en el mundo factivo, el deber ser.

Es coercitivo, esta se constituye por la facultad y obligación que tiene el Estado de imponerlo aún por la fuerza.

Esto es:

El Derecho es heterónomo, porque el Estado tiene la facultad de crearlo mediante un proceso legislativo, esto es, el Congreso de la Unión desempeña dicha función, y los Congresos locales de cada entidad federativa; en el primero, está conformado de la Cámara de Diputados y de Senadores, siendo la de Diputados la que proyecta las leyes y la segunda, senadores, la encargada de revisar y en su caso aprobar o rechazar, para que por último el Ejecutivo Federal (Presidente de la República), la haga del conocimiento de los gobernados y se deba observar (ya sea que ésta sea dispositiva o prohibitiva), y cumplir con lo ordenado ya que de lo contrario se haría acreedor a una sanción. Esta función también podrá llevarla a cabo el poder ejecutivo, hoy en día muy común, aunque esa no sea su función específica y en algunos casos se altera el orden jurídico al grado de tener que reformar la Ley cuando esta tiene poco tiempo de haber sido promulgada; no debemos olvidar que los poderes de la unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) si

bien tienen determinadas sus atribuciones y no deben abarcar otras, lo es también que, las actividades que cada una de ellas realiza está ligada a las otras, y con ellos se llegan a provocar algunos conflictos inconvenientes para nuestro sistema jurídico.

El Derecho es Bilateral, porque implica derechos y obligaciones para todos los gobernados, esto es, todo sujeto tiene que obedecer lo dispuesto por la Ley que a su vez genera derechos para éste, siendo recíproco, lo que son derechos para unos son obligaciones para otro así sucesivamente, ya sea entre particulares o entre éstos y el propio Estado, que de conformidad a nuestra Constitución política confiere derechos y obligaciones, entre él y los gobernados.

El Derecho es Externo, porque corresponde la regulación de la conducta que el sujeto exterioriza, hechos o actos que realiza en el mundo factico, o real, su actuar su conducta, su comportamiento en sociedad, sin importar lo ideal, subconsciente o intelectual, esto es, no se puede sancionar el pensamiento o las ideas de un sujeto si éste no las manifiesta al exterior, al derecho sólo importa su actuar.

Por último el Derecho es coercible, esto es, el Estado Mexicano tiene la facultad de imponerlo por la fuerza, (hacerlo cumplir por medio de la fuerza física o coacción, la prisión, la policía, el Ministerio Público, el Juez, etc...) ésta constituye una facultad y también

contiene una obligación, pues el Estado tendrá que hacerlo cumplir aunque no lo quiera o no le convenga, y en su caso podrá conformarse una infracción o delito el no hacerlo.

Como ha quedado expuesto el Derecho tiene caracteres únicos que permiten distinguirlo de cualquier otro ordenamiento.

El Derecho se divide clásica o tradicionalmente en dos grandes ramas: en Público y Privado, siendo el primero, "es el que atañe a la conservación de la cosa romana;... Las normas del público corresponden al interés colectivo;... Derecho Público es, pues, el que regula relaciones provechosas para el común."(11) en nuestra opinión el Derecho Público, es aquel que regula a los particulares y su relación con el Estado, pero éste se comporta como autoridad. Por su parte el Derecho Privado es, "el que concierne a la utilidad de los particulares,... Las normas del privado refiérense a intereses particulares." (12). En nuestra opinión el Derecho Privado comprende la regulación de los particulares entre sí o con el Estado, pero éste se comporta no como autoridad sino como particular.

El Derecho Público comprende; al Derecho Constitucional, Administrativo, Procesal, Penal, del Trabajo, Agrario, etc..., por su parte del Derecho Privado sólo comprende a dos; al Derecho Civil y Mercantil.

(11) García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio de: Derecho" ob. cit. pág. 131.

(12) Idem. pág. 132.

1.1.3 FUENTES DEL DERECHO.

En el presente punto debemos estudiar lo que se entiende por fuente, es un "Manantial de agua que brota de la tierra. Principio o fundamento de una cosa. Aquello de que fluye en abundancia un líquido."(13).

Como se puede desprender, fuente es aquello que da origen, fundamento o base de una cosa, cuando nos referimos al Derecho, podemos decir, que existen muchas fuentes de éste" Las Formales, Reales o Materiales y por último las históricas, entendiéndolas como; La primera como el proceso de creación de las normas jurídicas; Las segundas, como los factores y elementos que determinan el contenido de la norma jurídica; La tercera, como los documentos que determinan el contenido de la norma jurídica; Como los documentos que encierran el texto de una Ley o conjunto de leyes del derecho del pasado.

Para nuestro estudio sólo nos interesa las Fuentes Formales o clásicas, que están constituidas por:

1. La Ley;
2. La Jurisprudencia.
3. La Costumbre; y

(13) "Diccionario de la Lengua Española", Porrúa, México 1988.

4. La Doctrina.

La Ley es el resultado de un proceso legislativo que ya mencionamos, por su parte la doctrina establece al respecto; "La Ley es una regla jurídica general con carácter obligatorio elaborada regularmente por una autoridad socialmente instituida y competente para desarrollar la función legislativa" (14)

La Ley tiene ciertos caracteres que le dan su grandeza, importancia y funcionalidad.

La Ley es obligatoria, pues todos deben observarla, obedecerla y cumplirla con lo que dispone.

La Ley es general, pues se aplica a todos los gobernados sin distinción de sexo, raza, religión, nivel económico o ideología política, esta viene a constituir una garantía individual consagrada en nuestra Constitución Política, pues nadie podrá ser juzgado por leyes privativas..., esto es, no se puede crear o promulgar alguna ley sólo para que se le aplique a un sujeto determinado, por lo tanto ésta constituye un derecho de los gobernados.

La Ley es abstracta, ya que se expresa en términos generales para aplicarse al caso concreto, esto, la ley nace para después aplicarse, de acuerdo a las necesidades del orden social, y no puede darse primero el caso y después la ley para que se le aplique, en este supuesto procede el comentario que se hizo en renglones anteriores.

(14) Geny, citado por Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 41.

La Ley es permanente, no se agota con el ejercicio del derecho en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la misma.

La segunda fuente formal del Derecho la encontramos en la JURISPRUDENCIA," la palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a ciencia del Derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra, sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales."
(15)

"La jurisprudencia implica el conocimiento del derecho, y en este sentido, se ha tomado no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más complejo y fundado del mismo, es a saber, el científico."(16)

"En la práctica normal del derecho llevada a cabo coactivamente por los órganos del Estado constitucionalmente ordenados al restablecimiento del derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo es donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera a la actividad de los jueces y tribunales." (17)

(15) García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho", ob. cit. pág. 68.

(16) Diego F., Clemente de.- "La Jurisprudencia como fuente del Derecho", Madrid, 1925, pág. 46.

(17) Idem. pág. 57.

Por otra parte podemos decir, que la jurisprudencia son cinco resoluciones en el mismo sentido consecutivamente y ninguna en contraria, emitida por la Suprema Corte de Justicia de Nación.

Actualmente podrán constituir jurisprudencia las resoluciones emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito pues la Suprema Corte a delegado la mayoría de sus funciones a aquéllos, (control de legalidad) y sólo se ocupa de la constitucionalidad de ciertos actos o leyes, y en algunos casos por su importancia podrá resolverlos, por lo tanto ya es difícil o poco común que la Suprema Corte constituya jurisprudencia, y sólo los Tribunales Colegiados de Circuito realizan dicha función.

La Costumbre, como tercer fuente formal del Derecho se entiende como; "es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio." (Du Pasquier). "Es un uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que lo componen." (Geny) (18)

La costumbre son los actos y hechos que continuamente realizar los sujetos en una colectividad y que debido a esa repetición se consideran obligatorios.

Por último esta la Doctrina que debemos entender como aquella actividad que realizan los estudiosos del Derecho, para aclarar, interpretar, cuestionar, sugerir

(18) Citados por Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 40.

elementos de juicio para dar solución a ciertos problemas que implica el mismo derecho, que está en constante movimiento.

En su conjunto todos son los instrumentos en que se basa el Derecho para avanzar, ya que es dinámico y día a día tiende a actualizarse, para no caer en desuso, a las necesidades sociales.

1.2. DERECHO CIVIL.

Como lo expusimos en páginas anteriores el Derecho Civil al igual que el Mercantil, constituyen a el Derecho Privado, que se encarga de la regulación de los particulares entre sí o con el Estado pero éste se comporta como particular.

Es el Derecho Civil innegable fuente u origen del Derecho Mercantil, motivo por el cual debemos hacer referencia a aquel.

En la mayoría de los actos y hechos que se realizan se tiene la impresión que sólo se producen consecuencias de derecho civil o penal sin saber que esta situación no es así, ya que se podrán producir o generar un sinnúmero de consecuencias o efectos de derecho, tanto mercantiles, administrativos, fiscales, etc, y no sólo los que se mencionaron.

1.2.1 CONCEPTO.

Para iniciar debemos señalar que siempre se presenta el problema de encontrar una definición o concepto general para nuestra materia, y esta se acrecenta, ya que existen un sinnúmero de preceptos como tratadistas hay encargados del estudio del derecho.

Pero a pesar de lo expuesto consideramos como Derecho Civil, aquello que "determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, (nacimiento, mayoría de edad, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes, (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedades, usufructo, etc.)"(19).

En nuestra opinión el Derecho Civil es el conjunto de normas jurídicas que emanan del Derecho Privado y regulan las relaciones entre los particulares, principalmente de índole individual o privados, íntimamente relacionadas a las atribuciones de su personalidad.

1.2.2 GENERALIDADES.

Para poder abarcar el presente punto es necesario hacer una breve reseña de la historia del Derecho Civil, el

(19) García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho", ob. cit. pág. 146.

cual tiene su origen en el Derecho Romano, los cuales sólo contaban con éste (Derecho Común) y en él encuadraban todo, contenía disposiciones de índole civil, penal, administrativa, etc..., que al desarrollarse y traspasar las Fronteras Romanas llegan al Derecho Francés y Alemán que de uno u otra forma arriban a nosotros, influencia principalmente del Código de Napoleón base en su mayoría de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y Federal para toda la República.

Esta Ley Civil se divide para su aplicación y por ende para su estudio, en cinco partes, que son:

I. De las personas.- De las personas físicas y morales, domicilio, Registro Civil, matrimonio, alimentos, parentesco, paternidad y filiación, patria potestad, tutela, emancipación y mayoría de edad, etc.

II. De los bienes.- Clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructos, uso, habitación, servidumbres, prescripción, derechos de autor, etc.).

III. De las sucesiones.- Sucesión testamentaria y legítima, testamento, intestado, etc.).

IV. De las obligaciones.- Fuentes, efectos, extinción, inexistencia y nulidad, convenios, contratos, concurrencia y prelación de créditos, registro público, etc.

En términos generales hemos expuesto el contenido del derecho civil y como se ve, es innegable su importancia y la trascendencia que tiene en todos y cada uno de los

actos o hechos que realizan los hombres en nuestro régimen de derecho.

1.3 DERECHO MERCANTIL

Como se expuso el Derecho Mercantil al igual que el civil, son parte del Derecho Privado, y toda vez que el motivo o naturaleza de nuestra investigación es mercantil, nos corresponde analizar que debemos entender por Derecho Mercantil.

1.3.1 CONCEPTO.

Uno de los principales estudios de este tema es el maestro Roberto Mantilla Molina, que lo define como "el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos." (20)

Por su parte Alfredo Rocco lo define: como "la rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el

(20) Mantilla Molina, Roberto.- "Derecho Mercantil", 21a. ed. Ed. Porrúa. México 1981, pág. 23.

comercio y las actividades asimiladas a él, y las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas." (21)

Garrigues refiriéndose al Derecho Español dijo:

"Es el que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios) que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto de comerciante individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales." (22)

El maestro Barrera Graf, dice al respecto: "es aquella rama del Derecho Privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles." (23)

Por último el maestro Soto Alvarez, lo define como: "el conjunto de normas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y los comerciantes en el ejercicio de su profesión". (24)

Como se dijo existen conceptos como autores hay, por nuestra parte consideramos que de todas estas la más completa es la del maestro Barrera Graf, ya que contiene y

(21) Citado por García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho", ob. cit. pág. 147.

(22) Citado por Mantilla Molina, Roberto.- ob. cit. pág. 23.

(23) Citado por García Máynez, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho", ob. cit. pág. 147.

(24) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 27.

abarca todos y cada uno de los supuestos o hipótesis en las que se puede aplicar el derecho mercantil a ciertos actos y hechos que se realizan con el fin, o se derive de una especulación comercial.

1.3.2 GENERALIDADES

El derecho mercantil se encarga de regular la actividad comercial a todo nivel, interna o externa abarcando el derecho internacional privado.

De acuerdo a la doctrina mercantilista la base de ésta la encontramos en el acto de comercio, que en términos generales lo podemos conceptualizar como, el acto jurídico de especulación comercial, que se divide en:

1. Absolutamente mercantiles que son aquellos que por su propia naturaleza son mercantiles y siempre se comportan como tal, un ejemplo de estos lo son los títulos de crédito que siempre y en cualquier circunstancia son mercantiles.

2. Los de mercantilidad condicionada, que son aquellos que deben cumplir con ciertas características para ser considerados como mercantiles y se subdividen en: a) principales, b) accesorios o conexos y c) mixtos; los actos de mercantilidad condicionada deberán atender a tres supuestos, para determinarlos; primero a la calidad de los sujetos que intervienen en el acto, si son comerciantes se

presupone que sus actos son de especulación comercial y por ende mercantiles; la segunda se deberá atender al motivo o fin de los sujetos que intervienen, pues si éste es de especulación comercial (lucro, ganancia, tráfico comercial) el acto será mercantil y por último, se deberá atender a la cosa material o motivo del acto, que comunmente es la cantidad que por su naturaleza se entiende que se pretende realizar una especulación comercial; por lo tanto si existe o se dan estas condiciones que deriven en una especulación comercial el acto será de comercio y en consecuencia deberá aplicarse el Código de Comercio.

Asímismo se regula al comerciante, persona física en su organización, derechos y obligaciones y a las personas mal llamadas morales, colectivo o jurídicas, abarcando principalmente a las sociedades mercantiles como: las de Nombre Colectivo, en Comandita Simple y por Acciones, la de Responsabilidad Limitada, las Cooperativas y la reyna de todas las sociedades, la Sociedad Anónima, sus requisitos, el proceso de constitución, sus derechos y obligaciones, su forma de organización, las asambleas generales, los certificados de participación y los de aportación, los provisionales, las obligaciones y sobre todo las ACCIONES, en fin todo lo relacionado a éstas.

Otro aspecto importante del derecho mercantil, lo constituyen las Operaciones y Los Títulos de Crédito, en los que se estudian al Cheque, el Pagaré, la Letra de Cambio, el Reporto, la Tarjeta de Crédito Bancaria, en términos

generales los servicios que prestan las Instituciones Bancarias, Cajas de Seguridad, el Depósito, el Factoraje, Fideicomiso, etc.

Por último corresponde al derecho mercantil el estudio de los contratos mercantiles, que como se han mencionado tienen su base en el derecho civil, como son la compraventa mercantil, el corretaje, la edición, el contrato cinematográfico, las compraventas combinadas, la fianza, etc.

1.4. DIFERENCIAS.

Podemos encontrar una serie de diferencias entre la materia civil y mercantil pero ese no es nuestro propósito primordial, así que sólo haremos el análisis de aquellas que consideramos las más importantes.

Una diferencia evidente entre estas dos materias está en el ámbito de aplicación de sus normas, esto es, la materia mercantil es de carácter Federal, de aplicación en toda la República, mientras la materia civil es de índole local, esto es, cada entidad federativa tiene la facultad de poder legislar en materia civil, cuestión que no procede en materia comercial.

Tomando el mismo criterio, tenemos que los jueces en materia mercantil podrán ser Jueces Federales (Juez de Distrito) o Juez del Fuero Común a elección del actor

(competencia concurrente), mientras que en la materia civil siempre serán jueces del orden común.

Considero que la diferencia más importante entre estas dos ramas del derecho está, en que una tiene como fin regular los actos y hechos de especulación comercial mientras que la otra (la civil) nunca podrá hacerlo, es por ello que son totalmente diferentes.

En términos generales estas son las diferencias más importantes y que para nuestra investigación concuerdan, ya que nuestro punto de atención se fija en la materia de contratos.

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO EN GENERAL

Nos corresponde el análisis de los actos jurídicos más frecuentes en la vida del hombre. Siendo base de nuestro estudio, partiré de lo general a lo particular, del contrato simple y llano para llegar al de Fianza.

2.1. EL CONTRATO.

Existen conceptos de éste como autores hay en la materia, en términos generales podemos determinar que la base del contrato es el convenio, mismo que se puede entender en dos sentidos; el primero en sentido amplio, es el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones; el segundo; en sentido estricto es, el acuerdo de voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones.

Como se ve, el primero abarca un todo, mientras que el segundo solo es parte del primero.

Lo anterior encuentra su fundamento en el Artículo 1792, del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

Asimismo el Artículo 1793 del mismo ordenamiento Legal, señala:

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, sigue la influencia de la teoría francesa sobre el contrato, lo considera como una especie del convenio; en cambio la legislación italiana, considera al contrato como; un acuerdo de dos o más partes para construir, regular o disolver entre una relación jurídica patrimonial; para ellos el contenido de éste, integra aspectos constitutivos de una figura independiente generador autónomo de obligaciones, por lo que para ellos el contrato y el convenio están en el mismo nivel y no depende uno de otro.

Por su parte el Derecho Civil Alemán, sigue la escuela italiana y considera: Los contratos son un negocio jurídico y en virtud de ellos una relación obligatoria-

contrato obligatorio, extinguir-contrato liberatorio o modificarse contrato de modificación.

De lo expuesto, considero que la teoría más acorde a la realidad es la francesa y de la que somos seguidores.

2.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.

Todo acto jurídico llamado contrato, necesita de ciertos elementos para su nacimiento, esto es, los de existencia, y el Artículo 1794 del Código Civil, señala:

"Para la existencia del contrato se requiere:
I.- Consentimiento;
II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

2.2.1 CONSENTIMIENTO.

Toda vez que nuestra Ley no contempla el significado de consentimiento, acudimos a la doctrina, que nos señala: "Es una figura dual, en principio polarizada y finalmente concordante: se inicia con una policitación u oferta que reclama una aceptación, puede definirse como el concurso de voluntades coincidentes en un mismo objeto."(1)

Por su parte el maestro Gutiérrez y González, dice: "Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la

(1) Márquez González, José A.- "Código Civil, comentado", T. IV., I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1987 pág. 6

producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior."(2)

Considero al consentimiento como el acuerdo de voluntades para crear o producir derechos y obligaciones, que se manifiesta mediante una policitud u oferta y la aceptación como respuesta a ésta.

Se entiende por policitud: A la "declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad." (3)

Encontramos ciertas características en esta, definición y son:

1. Es una declaración unilateral de voluntad;
2. Recepticia;
3. Expresa o tácita;
4. Hecha a persona presente o no;
5. Hecha a persona determinada o indeterminada;
6. Debe contener los elementos esenciales de un contrato que se desee celebrar;

(2) Gutiérrez y González, Ernesto. - "Derechos de las obligaciones", 5a. ed. Ed. Cajica, Puebla, Méx. 1980, pág. 207.

(3) Idem. pág. 209.

7. Debe hacerse en forma seria y con ánimo de cumplir en su oportunidad

En términos generales la policitud es la oferta hecha a persona presente o no, determinada o no, para que realice un acto jurídico, llamado contrato.

A toda oferta debe tener o recaer una aceptación, entendida como: "Una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta. (4)

2.2.2 OBJETO.

El segundo elemento de existencia del contrato, es el objeto, éste se puede interpretar en dos formas: Directo e Indirecto; el primero está constituido por la intención, querer, voluntad del sujeto al contratar; en cambio el indirecto es la cosa material que se contrata.

El Artículo 1824 de la Ley Civil, señala:

"Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

"La doctrina distingue cuidadosamente, clasifica al objeto (indirecto) del contrato, en obligaciones de dar una cosa, en obligaciones de prestar un hecho y en obligaciones que constituyen simples abstenciones. Dar,

(4) Rocco, Alfredo.- Citado por Gutiérrez y González, Ernesto.- ob. cit. pág. 214.

hacer o no hacer constituye el objeto de la obligación e indirecto del contrato, en tanto que crear o transmitir derecho y obligaciones es el objeto directo del contrato."(5)

En caso de que no se den los elementos de existencia del contrato, se da la inexistencia, esto es, el contrato no nace y por lo tanto no genera consecuencia o efectos de Derecho que se proponía.

2.3. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Estos constituyen la forma para que el acto surta sus efectos plenos, están contemplados en el Código Civil en el Artículo 1795, que establece:

"El contrato puede ser invalidado:
 I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
 II. Por vicios del consentimiento;
 III. Por que su objeto; o su motivo o fin sea ilícito;
 IV. Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece."

Si interpretamos a contrario sensu el Artículo anterior, tenemos que los requisitos del contrato son:

- I. Capacidad de las partes;
- II. Ausencia de vicios en el consentimiento;
- III. Objeto, motivo o fin lícitos;

(5) Márquez González, José A.- "Código Civil Comentado"
 págs. 19 y 20

IV. La forma que la Ley establece.

2.3.1 LA CAPACIDAD.

Se entiende, como la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Esta se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. "De goce, es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes." (6) "De ejercicio, es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir deberes jurídicos." (7)

Las reglas sobre capacidad que nos ocupa, están contenidas en los Artículos 1798 y 1799 de la Ley Civil, que a la letra establecen:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley."

"La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común".

El Dr. Ignacio Galindo Garfias, nos dice al respecto: La incapacidad, es una causa de nulidad relativa que sólo puede ser invocada por el incapaz o su

(6) Gutiérrez y González, Ernesto.- "Derecho de las Obligaciones", ob. cit. pág. 327.

(7) Idem. pág. 328.

representante por lo que es la única persona legitimada para hacer valer la nulidad que se origina."(8)

Para el caso de la incapacidad, el derecho no proporciona una figura jurídica para suplirla, y esta es la representación que de conformidad con el artículo 1800 de la Ley Civil, establece:

"El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado".

En cuanto expresa el artículo anterior, "... otro legalmente autorizado", en este precepto se encuentra la facultad de que otro sujeto, realice actos jurídicos a cuenta de otra persona, en cuanto a los incapaces, un ejemplo lo son los menores de edad quienes podrán ejercer ciertos actos por medio de aquellos que ejercen la patria potestad, como sus representantes legales hasta que cumplan la mayoría de edad, y se constituyan como sujetos de derechos y obligaciones.

Los casos de incapacidad que están regulados por la Ley Civil en el artículo 450, que a la letra dice:

- "Tienen incapacidad natural y legal:
- I. Los menores de edad;
 - II. Las mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
 - III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

(8) Galindo Garfias, Ignacio.- "Código Civil Comentado", T. IV., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1987, pág. 7.

IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

Como se mencionó aparece la representación como una forma de impedir la incapacidad; se entiende por representación, a "una figura que consiste en permitir, que los actos celebrados por una persona llamada representante repercutan y surtan efectos en la esfera jurídica económica de otro sujeto llamado representado como si éste último los hubiera realizado y no afectan al representante."(9)

Por su parte, el maestro Gutiérrez y González, dice al respecto: "Es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz."(10)

El mismo autor señala que existen dos tipos de representación: Primero.- la otorgada por la Ley (legal), y segundo.- la voluntaria, a su vez la primera se subdivide en: representación de incapaces y de capaces.

La representación legal es la que impone la Ley a ciertos sujetos que tiene la obligación de cuidar y proteger, ejemplo es el caso de los Padres hacia los hijos menores de edad, y en caso de la representación legal de capaces, se presenta en los hijos que por la avanzada edad

(9) Aguilar Carbajal, Leopoldo.- "Segundo Curso de Derecho Civil", Ed. Porrúa, México 1980, pág. 24.

(10) Gutiérrez y González, Ernesto.- "Derecho de las Obligaciones" ob. cit. pág. 335.

de los Padres, aquellos representan a éstos, obligación que impone la Ley.

En cuanto a la representación voluntaria "Es la que se verifica cuando una persona capaz encomienda a otra también capaz, que acepta, la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos, el que encomienda recibe el nombre de representado y el que acepta el encargo representante". (11)

Esta figura es conocida con el nombre de Mandato, y el artículo 2546 del Código Civil, establece:

"El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."

Existen varias clases de mandatos:

- a). Con representación;
- b). Sin representación;
- c). General;
- d). Especial;
- e). General amplísimo.

Se llama mandato con representación cuando "el mandatario debe declarar y demostrar esa calidad ante quien corresponda, al momento de practicar los o el acto jurídico que se le encomienda por el mandante"(12), de lo que resulta que solo existe una relación jurídica entre el mandante y la

(11) Gutiérrez y González, Ernesto.- ob. cit. pág. 339.

(12) Idem.pág. 341.

persona que realizó el acto frente al mandatario y, éste queda fuera de dicha relación.

En cuanto al mandato sin representación el artículo 2560 del Código Civil, señala:

"El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratado en su propio nombre ..."

De lo anterior se desprende que el mandatario, al actuar por su cuenta asume las consecuencias de la generación de los derechos y obligaciones.

El mandato es general para que el mandatario realice toda una gama de actos sin establecer en particular alguno, en cambio, en mandato es sólo para que realice a ciertos actos, determinados y específicos.

El mandato especial consiste en el otorgamiento de poder al mandatario solo para la atención exclusiva de un asunto o asuntos claramente específicos. Estos poderes concluyen con la ejecución del acto que se confirió.

Existe mandato general amplísimo cuando se otorga al mandatario un poder para realizar toda clase de actos jurídicos, a saber; actos de administración, de dominio y de pleitos y cobranzas. El artículo 2554 del Código Civil, establece:

"En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula especial conforme a la ley,

para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los Notarios incertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorgan".

2.3.2 AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

El segundo requisito de validez, lo constituye la ausencia de vicios en el consentimiento que está integrado por: el Dolo, Error, Lesión, Mala Fe y Violencia.

Para iniciar debemos determinar qué entendemos por vicio, y es "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución". (13)

El artículo 1812 del Código Civil, establece:

"El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo."

(13) Gutiérrez y González, Ernesto.- ob. cit. pág. 272.

El DOLO es, de conformidad con el artículo 1815 del mismo ordenamiento legal:

"Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes;..."

El dolo se puede dividir en: bueno y malo, este último a su vez se subdivide en: penal y civil, que a su vez se puede separa en dolo principal e incidental.

Dolo bueno son las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración de un acto jurídico, basado en el artículo 1821 de la Ley Civil, se señala:

"Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente puedan resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificarse el dolo..."

El dolo malo es aquel en el que existe la voluntad de maquinación para hacer caer en una falsa concepción de la realidad o mantenerlo en él.

En cuanto al dolo penal "es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de

realizar un acto, y con representación del resultado, que se quiere o consiente."(14)

Dolo civil se entiende como: "El conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa, en la celebración de un acto jurídico."(15).

Se da el dolo principal cuando: "Son las maquinaciones que se emplean para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no lo habría celebrado."(16).

En cuanto al dolo incidental, son: "las maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que estaba determinada a contratar, pero que en vista de tales maquinaciones otorga voluntad en situación desventajosa de la que hubiere aceptado sin mediar el error por dolo."(17).

Las personas que pueden incurrir en dolo , como vicio de la voluntad son: 1.- Las partes que intervienen en el contrato, 2.- Una de las partes, 3.- Un tercero.

Nos ocuparemos del ERROR como segundo vicio del consentimiento. Se entiende por este que :"es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con

(14) Castellanos Tena, Fernando.- "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 40a. ed., Ed. Porrúa, México 1987, pág. 125.

(15) Gutiérrez y González, Ernesto.- "Derecho de las Obligaciones" ob. cit. pág. 300.

(16) Idem. pág. 300.

(17) Ibidem.pág. 301.

la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad."(18).

De acuerdo con la doctrina el error se puede manifestar de varias formas; fortuito y provocado; el primero se divide en: I.- Común y II.- Mantenido por mala intención; el común se subdivide en: a).- De aritmética o cálculo; b).- De hecho; c).- De transición y d).- De derecho.

Pasamos al análisis del tercer vicio de la voluntad que es la LESION, y " es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, en un contrato conmutativo."(19).

En el mismo sentido la doctrina nos dice, que existen varios tipos de lesión, y que son: A.- La lesión como vicio subjetivo de la voluntad; B.- La lesión como vicio objetivo del contrato; y C.- La lesión como vicio objetivo-subjetivo, y esta tercera posición es la que adoptó el Código Civil en su artículo 17 que dice:

"Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación..."

(18) Gutiérrez y González, Ernesto.- ob. cit. pág. 273.

(19) Idem.- pág.310.

El derecho mercantil no considera a la lesión como vicio y lo excluye definitivamente de entre las causas que pueden producir la nulidad del acto; el artículo 385 del Código de Comercio establece:

"Las ventas mercantiles no se resarcirán por causa de lesión..."

En tanto que, el derecho penal, para hacer más efectiva la sanción de nulidad del acto, determina en el artículo 387 fracción VIII del Código Penal:

"Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán: .
VIII.- Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de éstas ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

El artículo que remite esta norma, regula el llamado fraude genérico.

Por su parte, la MALA FE como cuarto vicio de la voluntad, es la determinación de la voluntad de una parte en orden a la disimulación del error fortuito en que se encuentra la otra parte, al celebrar el contrato, o las maquinaciones que realiza, tendientes a mentener en ese error fortuito a su contraria, determinación que se opone a lo que la Ley que rige en ese momento, establece en protección de los que incurren en error fortuito, el autor identifica a la mala fe, como un error fortuito de una de

las partes contratantes, cuestión que tiene su fundamento en el artículo 1815, parte final del Código Civil, que a la letra dice:

"... y por mala fe, la simulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

El Licenciado Márquez González, hace el siguiente comentario, "El concepto de mala fe guarda estrecha conexión con el dolo. La doctrina ha considerado que la mala fe supone una actitud pasiva en contraposición al dolo. En ambos casos (dolo y mala fe) la voluntad se forma de manera que a una de las partes se le ha impedido conocer la realidad sobre lo que contrata y merced a los subterfugios empleados a la disminución del error en que se encuentra uno de los contratantes, el otro se aprovecha de ese error, con detrimento de la buena fe que debe sustentar toda relación contractual. Uno de los contratantes tiene la intención consciente de dañar a la otra parte."(20)

Por último analizaremos la VIOLENCIA como quinto elemento de los vicios del consentimiento, que se funda en el artículo 1819 de la Ley Civil, que a la letra dice:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de

(20) Márquez González, José A.- "Código Civil Comentado", Instituto de Ciencias Jurídicas, UNAM, México, pág. 15.

sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Al respecto el Licenciado Márquez González, dice:

"Una voluntad declarada por violencia está viciada porque no es libre, en rigor, el vicio no es precisamente la violencia ejercida, sino el temor que se encuentra dentro de ella, porque la violencia es solamente el medio para presionar la declaración empleada la fuerza física o amenazas con causar un mal inminente ya sea de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante y de las personas mencionadas en el artículo."(21)

2.3.3 OBJETO, MOTIVO O FIN LICITOS.

En cuanto al tercer requisito de validez, que es el objeto, motivo o fin lícito, para iniciar nos ocuparemos del objeto como cosa materia y no como intención que corresponde al fin que se persigue, la cosa debe cumplir con ciertos requisitos exigidos por la Ley, que son: Primero que sea física y jurídicamente posible, y en segundo término que se encuentre dentro del comercio, esto es, que tenga un valor en dinero y pueda ser transferido a cambio de éste; en cuanto al motivo o fin lícito, se entiende como la intención, finalidad u objetivo que se pretende al contratar, que debe ser lícito, esto es, que no sea en

(21) Márquez González, José A.- ob. cit. pág. 17.

contra del derecho, la moral ni las buenas costumbres; que no sea antijurídico.

El motivo o fin es la razón decisiva, determinante de la celebración del acto, la cual es diferente en cada caso. Es móvil concreto individual y variable que en un caso determinado ha incitado e inducido a las partes a contratar, así tenemos que el motivo o fin deben ser lícitos, esto es, que el motor principal del acto y además el que trascendió a la atmósfera del contrato y pudo ser conocido; pues, no se podría pretender la anulación de un negocio jurídico por motivos inmorales que nunca afloraron al exterior por haber sido mantenidos en secreto en el ánimo del autor, aunque hubieren podido ser supuestos o imaginados por los demás.

2.3.4 LA FORMA.

El último requisito de validez de los contratos lo establece el artículo 1832 del Código Civil, que a la letra dice:

"En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."

Por lo tanto, La forma es un requisito de validez en los contratos. La voluntad de los contratantes se puede

expresar en dos formas y otra que la Ley considera equivalente: a).- Expresa; b).- Tácita y c).- Por silencio.

La expresa se da cuando la voluntad se otorga verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; La tácita es cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que la presupongan o autorizan a presuponer y la última, el silencio se da cuando la Ley confiere a la abstención total la manifestación de la voluntad.

Existe en la doctrina dos formas tradicionales de la forma en los contratos y son:

Consensualismo cuando se pretende que: "el acto jurídico exista y se perfeccione por el mero acuerdo de las voluntades, sin necesitar que estas se plasmen en documento alguno; basta el solo consentimiento para que el contrato se perfeccione y surta efectos jurídicos plenos."(22)

Y por el contrario, el formalismo, "busca siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento, de tal manera que el acto no exista, no se perfeccione o surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa de externar la voluntad que debe marcar la ley."(23)

De lo anterior tenemos que, los contratos podrán ser verbales o consensuales, esto es, se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades de los contratantes y formales o

(22) Gutiérrez y González, Ernesto.- "Derecho de la Obligaciones" ob. cit. pág. 248.

(23) Idem. pág. 249.

escritos cuando la Ley lo exige expresamente, para que surtan sus efectos.

En el caso de que no se den los requisitos de validez del contrato, acarrea la nulidad del mismo.

2.4 CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

Para terminar el punto relacionado al contrato civil, debemos analizar la clasificación que se hace de ellos tomando en cuenta sus características, función, efecto y requisitos.

El maestro Rafael Rojina Villegas en su compendio de Derecho Civil nos da la siguiente clasificación:

- "1o. Contratos Bilaterales y Unilaterales;
- 2o. Onerosos y Gratuitos;
- 3o. Conmutativos y Aleatorios;
- 4o. Reales y Consensuales;
- 5o. Formales y Consensuales;
- 6o. Principales y Accesorios;
- 7o. Instantáneos y de tracto sucesivo."(24)

Unilateral.- El contrato unilateral es un acuerdo de voluntad que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra."(25)

(24) Rojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil"
T. IV, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 1983 pág. 9.

(25) Idem. pág. 11.

Bilateral.- Es bilateral "aquel que da nacimientos a derechos y obligaciones en ambas partes."(26)

Oneroso y Gratuito.- "Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos, es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra."(27)

Conmutativos y Aleatorios.- Son Conmutativos "cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o término."(28)

Reales y Consensuales.- "Reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa y Consensuales en oposición a reales cuando no se necesita de la entrega de la cosa para la constitución del mismo."(29)

Formales y consensuales.- "Son formales los que requieren una forma escrita, pública o privada para la validez del mismo y Consensuales en oposición a formal cuando existe por

(26) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", Curso Gráfico, 2a. ed., 4a. reimp., ed. Limusa, México, 1979, pág. 148.

(27) Rojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" ob. cit. pág. 11.

(28) Idem. pág. 14.

(29) Soto Alvarez, Clemente.- ob. cit. pág. 148.

la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento."(30)

Principales y Accesorios.- "Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los Accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o inexistencia del contrato accesorio."(31)

Instantáneos y de Tracto Sucesivo.- "Instantáneos, son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los De tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado."(32)

2.5 LOS CONTRATOS MERCANTILES.

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones mercantiles; cuando hablamos de contratos mercantiles la importancia de este no se encuentra en el calificativo mercantil sino en el concepto de "contrato" que en su esencia no difiere del que consideramos civil, privado o común, y así el contrato mercantil: Es el acuerdo de dos o más partes para crear o transferir derechos y obligaciones

(30) Soto Alvarez, Clemente.- ob.cit. pág. 148.

(32) Idem. pág. 16.

de naturaleza mercantil, es decir, existe una especulación comercial (lucro, ganancia o tráfico comercial).

La importancia de distinguir entre los contratos civiles y contratos mercantiles se complica en nuestro régimen jurídico en razón que de acuerdo con el Pacto Federal establecido por nuestra Constitución se asigna a la Federación la competencia para legislar en materia de comercio (artículo 73 fracción X), que señala:

"El congreso tiene facultad:
X.- Para legislar en toda la República
sobre... comercio..."

Mientras que la legislación civil se conserva en materia propia de los Estados. La legislación mercantil es única y aplicable a todo nuestro Territorio Nacional, y la civil es múltiple y la dictan las Entidades Federativas para su jurisdicción local. Por lo tanto la necesidad de establecer una distinción clara para los contratos mercantiles obedece a varias razones.

Por principio de cuentas, a la aplicación de determinadas normas sustantivas especiales tanto para las obligaciones como para los contratos mercantiles, reglas especiales que regulan los actos de comercio, supliendo a las normas civiles de carácter general.

Otro aspecto importante es la vía procesal para los casos de conflictos, que implican que las normas aplicables a cada procedimiento son también diferentes, además el Juez competente es diferente, para la materia

mercantil es un Juez Federal y en el caso civil es un Juez local. La Constitución autoriza a Jueces locales a aplicar la materia Federal en el caso de cuando se afectan intereses de particulares (artículo 104 fracción I), esto es, se les permite usar la llamada jurisdicción dual.

Artículo 104 Constitucional:

"Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales... Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal..."

Por lo que, para hablar de contratos mercantiles se requiere que se reúnan ciertas características, con esto no se quiere decir que se deban de cumplir todas, pues basta con algunas de ellas para que se configure; y son las siguientes:

a). La calidad de los sujetos que contratan (que intervenga un comerciante).

b). La cosa materia del contrato (que el objeto material se destine al comercio).

c). Por disposición expresa de la Ley (que esté regulada por el Código de Comercio).

d). La intención de los contratantes sea de especulación comercial (porque la voluntad de las partes, sea obligarse mercantilmente).

Todo contrato deberá reunir ciertos elementos de existencia y requisitos de validez, sin los cuales no podrían nacer a la vida jurídica.

2.5.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Son elementos de existencia: el consentimiento y el objeto, éstos conforman el contrato mercantil, la falta de cualquiera de ellos haría imposible el nacimiento del contrato.

Consentimiento.- El Código de Comercio y el Código Civil (éste supletorio de aquél) no proporcionan una definición de consentimiento, por lo que es preciso remitirse a otras fuentes, en este caso a la doctrina.

Arturo Puente y Flores nos da una definición de consentimiento, "El consentimiento quiere decir acuerdo de voluntades, y es elemento esencial del contrato."(33)

Este autor no hace una clara diferencia entre consentimiento mercantil y consentimiento civil.

Por su parte, de Pina Vara nos da una definición al respecto: "El consentimiento es la manifestación de la voluntad, que debe ser libre, es decir, sin vicios como son error, violencia, dolo, mala fe, por lo que una persona dé

(33) Puente y Flores, Arturo.- "Derecho Mercantil", Ed. Banca y Comercio, México 1979, pág. 252.

su aprobación para celebrar un contrato"(34). Este autor hace referencia al consentimiento pero en base al contrato civil.

Por lo que corresponde a los contratos mercantiles, el consentimiento es el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones de carácter comercial, en donde alguna de las partes realiza una especulación comercial.

Este consentimiento puede ser expreso o tácito; es expreso si se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y tácito cuando resulta de hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo; la excepción será cuando la Ley ordene una forma determinada.

El artículo 80 del Código de Comercio, establece:

"Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada.

La correspondencia telegráfica solo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado."

El segundo párrafo del precepto anterior es copia del artículo 1811, del Código Civil; que establece:

(34) Pina Vara, Rafael de.- "Derecho Mercantil Mexicano", 10 ed., Ed. Porrúa, México 1978, pág. 192.

"La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos."

Respecto a los contratos celebrados por teléfono se consideran contratos entre presente, así lo señala el artículo 1805 del Código Civil, y se aplica desde luego a los contratos mercantiles; el artículo 82 del Código de Comercio indica cuando quedan perfeccionados los contratos en donde intervienen corredores (auxiliares de comercio):

"Los contratos en donde intervienen corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmen la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo."

Objeto.- Es el segundo elemento de existencia no tiene regulación en el Código de Comercio; por lo que nos remitiremos a la norma supletoria, el Código Civil en el artículo 1824 establece:

"Son objeto de los contratos:
I. La cosa que el obligado debe dar;
II. El hecho que el obligado debe hacer o de no hacer.

El maestro Rojina Villegas, hace una distinción del objeto y dice: "Desde el punto de vista de la doctrina

hay dos tipos, el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en un contrato, y por lo que hace al objeto indirecto es la cosa o el hecho que así también son el objeto de la obligación que engendra el contrato." (35)

Rojina Villegas, señala la existencia de dos objetos, uno directo y otro indirecto; en los contratos mercantiles el objeto directo es la creación o transmisión de derechos y obligaciones que implican una especulación comercial, (el ánimo de lucro, ganancia, tráfico comercial) y el objeto indirecto; serán las cosas materiales, en este caso, las mercancías, además el objeto tiene ciertos elementos o requisitos que debe cumplir, que son:

a).- Existir en la naturaleza;

b).- Ser determinado o determinable, en cuanto a su especie y;

c).- Estar dentro del comercio, (artículo 1825 del Código Civil).

2.5.2 LOS REQUISITOS DE VALIDEZ.

Están formados por la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, (dolo, mala fe, error, lesión y violencia), objeto, motivo o fin lícito y por último la forma establecida por la Ley.

(35) Rojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil", t. III, 13a. ed, Ed. Porrúa, México 1982, pág. 63.

Capacidad.- Para dar inicio al punto que nos ocupa, analizaremos la Capacidad en materia mercantil; el artículo 81 de la Ley Comercial, señala:

"Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

La capacidad en la misma forma que nuestro Código de Comercio no tiene una verdadera regulación, a tal grado que no la define o conceptúa, y nos remite al derecho común pero da por resultado que este es omiso al analizar dicha figura, solamente nos señala en el artículo 22 del Código Civil, como se adquiere y los casos en que se pierde.

El Maestro Manuel Bejarano Sánchez, al respecto establece: "La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y poder ejercitarlos."(36) Además cabe decir que tanto esos derechos y esas obligaciones deben ser de naturaleza mercantil, esto, es, la aptitud de poder ser comerciante o realizar dicha actividad.

Siguiendo las bases civiles, también encontramos que esta se divide en dos: capacidad de goce y de ejercicio entendiéndose como tal:

(36) Bejarano Sánchez, Manuel.- "Obligaciones Civiles" 3a. ed., Ed. Harla, México, 1987, pág. 130.

Capacidad de goce.- Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, considerada como un atributo de la personalidad jurídica, tanto de las personas físicas como de las morales o mejor dicho colectivas; debemos entenderla como la aptitud que posee una persona para obligarse como comerciante, aunque sea eventualmente, pues de ello será capaz de obtenerse consecuencias de derecho en vía comercial.

La capacidad de ejercicio.- Es la aptitud para ejercitar o hacer valer derechos y ésta se adquiere cuando se tiene la mayoría de edad, de conformidad con nuestra Ley Fundamenal.

El artículo 50. de la Ley Comercial, señala:

"Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo."

Por su parte el artículo 12 del mismo ordenamiento legal, establece los casos de excepción o quienes no pueden ejercer el comercio;

"No pueden ejercer el comercio:

I. Los corredores;

II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión."

Por lo tanto, es requisito para contratar, tener la capacidad de ejercicio. En el caso de los menores de edad, serán incapaces para celebrar contratos, por que los actos que estos realicen carecerán de validez. Por lo general o por costumbre se ha utilizado el término de incapaz o incapacidad para aquellos sujetos que no tienen capacidad, lo cual es incorrecto, pues si tienen capacidad sólo que esta se encuentra limitada.

El artículo 450 del Código Civil contempla la incapacidad, dividiéndola en dos; la natural y la legal, por lo tanto, los menores de edad no podrán ser comerciantes ya sea por la incapacidad natural o legal, (recordamos que no es incapacidad sino esta limitado en su capacidad); habrá incapacidad natural por los razgos físico-biológicos del sujeto, (la edad menor de 18 años) que se complementa con una disposición de la Ley; será legal cuando así lo establezca la ley.

El artículo 23 de la Ley sustantiva civil, señala:

"La menor de edad, el estado de interdección y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

En caso de que el menor de edad quiera ejercer el comercio, estará impedido para hacerlo y solo podrá realizarlo por medio de su representante legal, o aquellos

que ejerzan la patria potestad sobre ellos, que por regla general, son sus padres.

Por su parte el artículo 556 de la Ley Civil, establece:

"Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si a de continuar o no la negociación, a no ser que los padres hubieran dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente, a juicio del juez."

Otro caso de incapacidad para ejercer el comercio lo encontramos en la mujer casada, pero solo cuando la actividad industrial o de comercio dañe la moral de la familia o su integración, ya que en todos los demás casos el hombre y la mujer se encuentran en un estado de igualdad, como lo establece el artículo 4o. de nuestra constitución política, que reza"... el varón y la mujer serán iguales..." criterio que fue adoptado por el Código Civil en el artículo 2o. que establece:

"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer..."

Cuando en el matrimonio se estipuló sociedad conyugal; el hombre y la mujer tendrán los mismos derechos al cincuenta por ciento, en el caso de que los dos sean comerciantes no podrán hipotecar, gravar los bienes de la

sociedad ni los suyos propios; en cuanto a los frutos o productos correspondientes a la sociedad, necesitarán autorización del otro conyuge para disponer de ellos.

Al respecto el Código de Comercio en su artículo 90. señala:

"Tanto al hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes."

Ausencia de Vicios en el Consentimiento.- Corresponde el análisis del segundo requisito de validez, que está integrado por la ausencia de vicios en el consentimiento, que son: El dolo, error, mala fe, lesión y violencia.

En paginas anteriores hemos hecho el estudio correspondiente a estos elementos constitutivos de la Ausencia de vicios en el consentimiento, y para nuestra materia mercantil, tiene relevancia la lesión.

El artículo 17 del Código Civil, establece al respecto:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otros; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."

El Código de Comercio es omiso en cuanto a este vicio del consentimiento; por su parte la doctrina señala Manuel Ossorio, nos dice: "La lesión es el perjuicio que una de las partes sufre al celebrar un negocio jurídico a raíz de la desproporción entre las prestaciones."(37)

En todo contrato debe haber reciprocidad entre lo que se da y lo que se recibe, en caso contrario hay una desproporción para alguna de las partes en el contrato y aquel que lo haya sufrido estará lesionado.

El artículo 365 del mismo ordenamiento legal, establece:

"Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión."

En materia mercantil se permite la lesión hasta cierta tolerancia, por la propia naturaleza de ésta, pues en la mayoría de los casos el comerciante realiza halagos para exaltar su producto o ciertas características de él, etc..., con la intención de que le compren, ya que la parte contraria carece del conocimiento necesario para saber sobre el producto o cosa que contrata, pero dentro de esta no debe ser excesiva pues se permite el lucro, ganancia, tráfico comercial o especulación comercial, pero no al grado de ocasionar un daño o perjuicio sino dentro de los límites que las leyes y reglamento lo permitan.

(37) Ossorio, Manuel.- "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales", Buenos Aires, Argentina 1978, Ed. Heliasta.

El objeto, motivo o fin lícito.- En el sistema jurídico mexicano, impera la libertad para contratar o voluntad libre de las partes, pero hay limitaciones al respecto los intereses públicos sobre los privados.

Como ejemplo está el establecido por el artículo 77 del Código de Comercio, que a la letra dice:

"Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio."

La Ley nos exige que tanto el objeto como fin del acto sean lícitos, de conformidad con el Código Civil, artículo 1830.

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Interpretado en contrario sentido, se debe entender como: Es lícito el acto o hecho que no es contrario a las leyes de orden público, la moral o las buenas costumbres. Por su parte el artículo 1795 fracción III, señala que el contrato puede ser invalidado; porque su objeto, su motivo o fin sean ilícitos. Si aplicamos este precepto en materia mercantil se ajustaría a la cosa material que debe ser lícita y dentro del comercio regulada por la Ley.

El motivo o fin, es el interés, ánimo o propósito que induce a la celebración del acto jurídico (contrato), que para ser válido es necesario que tanto su motivo o fin

(ánimo) sea de acuerdo a lo que ordena la Ley, esto es, no debe ser antijurídico.

En cuanto a la materia mercantil o comercial, el objeto, motivo o fin debe seguir los mismos lineamientos esto es, estar de acuerdo a las disposiciones legales, el derecho, la moral y las buenas costumbres, como parte integral del orden social en que vivimos.

La forma.- El último requisito de validez, lo constituye la forma, que ya fue estudiada en páginas anteriores, pero en materia mercantil se da en la siguiente manera: es como se desea realizar o se lleva a cabo la celebración de un contrato, de acuerdo con lo estipulado por la Ley.

Por su parte el código de Comercio en el artículo 78, señala:

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

Por su parte el artículo 79 del ordenamiento en cita establece:

"Se exceptuarán de los dispuesto en el artículo que precede:

- I. Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deben reducirse a escritura o no requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;
- II. Los contratos celebrados en País extranjero en que la Ley exige

escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no la exija la Ley mexicana; En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio".

La forma en los contratos mercantiles, no existe o son por regla general consensuales, esto es, que no requieren se den por escrito para que surta efectos de derecho, o en otros términos los contratos se perfeccionana por el mero acuerdo de voluntades.

En estos actos jurídicos (contratos), se presume la buena fe y la rapidez necesaria por su propia naturaleza, con esto, se obtiene un mayor beneficio ya que los actos son verbales y surten efectos plenos, pero presentan ciertos inconvenientes, pues algunas de las partes podrán aprovecharse de esta circunstancia para evitar el cumplimiento, y se generan un sinnúmero de problemas que terminan en un litigio judicial, por lo que, contradiciendo la tradición consensual, los contratos mercantiles siempre se otorgan de manera escrita, para que exista seguridad jurídica de las partes.

Por los problemas que se gestan, aparece un contrato que día a día se va adueñando de la materia comercial, estos son los contratos de adhesión, pero presentan algunas inconveniencias, primeramente son los llamados contratos de machote, o formatos, que se encuentran impresos y contienen todo lo necesario para la realización

del acto, pero siempre con ventajas para una parte que es la que lo hace, y la contraria solo manifiesta su consentimiento o voluntad, firmándolo y sin poder hacer ninguna modificación.

2.5.3 CLASIFICACION.

Para finalizar el presente capítulo sólo queda por señalar la clasificación de los contratos mercantiles, desde el punto de vista del Derecho mercantil o comercial, como autónoma del derecho, sin depender del derecho común, tenemos:

I. Contratos de colaboración asociativa.- Son aquellos que requieren de una unión o apoyo de varios sujetos para llevarse a cabo, y tienen un fin común, ejemplo: Las sociedades mercantiles realizan en su constitución un Contrato Social.

II. Contrato de colaboración simple.- Siguen los mismos lineamientos del anterior pero se diferencia en que se da en una forma individual como ejemplo tenemos: El contrato de comisión y de corretaje.

III. Contrato de cambio.- Es el más común de todos y se integra por el intercambio de cosas o derechos entre las partes que intervienen en él, por ejemplo: la compraventa mercantil.

IV. Contrato de garantía.- Son aquellos en los cuales una persona ajena a una obligación principal,

responde en caso de incumplimiento por el deudor, ejemplo: este lo constituye el contrato que estudiamos, la fianza entre otros.

V. Contratos de cobertura de riesgo. Son los que se protege un acontecimiento futuro de realización incierta, ejemplo: el Contrato de Seguro.

CAPITULO TERCERO

EL CONTRATO DE FIANZA EN MATERIA MERCANTIL

Nos corresponde hacer el estudio del tema más importante, el contrato de fianza; como lo hemos señalado en páginas anteriores los contratos mercantiles tienen o siguen las bases de los civiles, es por ello que partiremos de lo general o fundamental para llegar a lo particular, a la fianza mercantil.

3.1. CONCEPTO.

Si partimos del sentido etimológico de la palabra tenemos; "Del bajo latin, fidare, de fidere, fe, seguridad. Obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple". (1) se entiende: "Es el contrato por medio del cual el fiador se obliga como tal". (2)

(1) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Ciencias Jurídicas, UNAM. México, 1987.

(2) Idem.

Por su parte el maestro Soto Alvarez, dice: "Es el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace." (3).

El Código de Comercio por su parte es omiso al respecto y hacemos uso de la norma supletoria, esto es, el Artículo 2794 del Código Civil que establece:

"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."

A esta definición, necesitamos completarla indicando la característica principal, que es lo accesorio de la fianza y precisar que es a lo que se obliga a pagar el fiador.

La maestra Cecilia Licona Vite, señala al respecto: "La fianza es un contrato de garantía, que encuentra su base en el crédito personal, El Fiador se compromete con el acreedor a cumplir por el deudor, si éste no lo hace.

La fianza es un negocio jurídico accesorio, supone necesariamente una deuda principal cuyo cumplimiento asegure y garantice al fiador. Este no se obliga a Título principal, con respecto al acreedor, sino solamente ante la prevención del incumplimiento del deudor. Se compromete para el supuesto de que el deudor no pague. El fiador

(3) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", Curso Gráfico, 2a, ed., 4a. reimp., Ed. Limusa, México 1979, pág. 207.

contrae un compromiso personal; su obligación surgida del contrato de fianza es distinta de la que une al acreedor y al deudor principal pues procede de otra fuente.

El fiador se obliga a responder de una deuda ajena, con el propio crédito, asegura el cumplimiento de una obligación contraída por otra persona distinta. Sabido es que nadie puede ser fiador de sí mismo". (4)

En nuestra opinión la fianza es: UN CONTRATO ACCESORIO POR MEDIO DEL CUAL UN SUJETO LLAMADO FIADOR, SE COMPROMETE POR EL DEUDOR A PAGAR A OTRO LLAMADO ACREEDOR LA MISMA PRESTACION O INFERIOR, EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR.

De esta definición tenemos los siguientes elementos que la componen:

- a) Es un contrato accesorio.
- b) Un sujeto llamado fiador (Institución de Fianzas).
- c) Un sujeto llamado deudor.
- d) Un sujeto llamado acreedor.
- e) El compromiso de pago (cantidad igual o inferior) en caso de incumplimiento del deudor.

El carácter mercantil del contrato de fianza lo encontramos en el Artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, promulgada y publicada el 29 de

(4) Licona Vite, Cecilia.- "Código Civil comentado", T. V. Instituto de Ciencias Jurídicas, UNAM, México 1987. pág. 351.

diciembre de 1950, por el entonces presidente de nuestro País, Lic. Miguel Alemán Valdez, que a la letra dice:

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

Para poder determinar la fianza mercantil, debemos remitirnos al contrato mercantil en general, el cual se diferencia con el civil, por el ánimo de especular comercialmente, pues todo acto de este tipo es de comercio y en consecuencia de materia comercial y regulado por el Derecho Mercantil. Por lo tanto, la fianza será mercantil cuando exista en el acto jurídico especulación comercial; encontramos una característica determinante en cuanto a esta figura, y que nos la marca la Ley; la fianza que realiza una institución de fianzas, será mercantil y aquella que realiza una persona física, será civil, esto es, cuando la segunda sea por una sola vez y su objeto no es de especulación comercial, entonces es civil; en cambio, la primera que es continua o habitual, haciendo de ésta su actividad diaria con objeto de especular comercialmente, será mercantil.

Por lo tanto, podemos decir que existe fianza mercantil o de empresa cuando: Una Institución de fianzas -con el ánimo de especular comercialmente- mediante un acto

jurídico se compromete con el acreedor por una obligación en caso de incumplimiento del deudor principal.

Siendo la especulación comercial un elemento importante de nuestra definición es conveniente mencionar su significado.

La especulación es la actividad comercial que se realiza con el ánimo de lucro, esto es, existe la intención de obtener un beneficio o provecho económico, característica que se atribuye al ejercicio de las actividades comerciales.

En cuanto a la institución de fianzas, su naturaleza, organización, operaciones que realiza, activo, reservas, prohibiciones, contabilidad e inspección y vigilancia se tratará más adelante.

Al hablar de acto jurídico, este se debe plasmar en un contrato y debe contener los elementos de existencia y requisitos de validez que paso a exponer.

3.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Todo contrato requiere de ciertos elementos, sin los cuales sería imposible que naciera a la vida jurídica, estos son los llamados de existencia o esenciales, a saber: El consentimiento y el objeto, ya estudiados en el capítulo segundo, en el caso de la fianza, el maestro Rojina Villegas dice que son tres: a).- Consentimiento, b).-Objeto y c).- Existencia de la obligación principal.

CONSENTIMIENTO.- En cuanto al consentimiento tenemos que: "El acuerdo de voluntades se forma entre acreedor y fiador, manifestándose en el sentido de que el último se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace." (5). El consentimiento por parte del fiador debe manifestarse expresamente, no siendo válido el que se otorga de una manera tácita, es decir, por medio de hechos o actos que hagan suponerlo.

La manifestación de la voluntad por parte del deudor es innecesaria y se constituye aún contra su voluntad.

OBJETO.- El objeto se divide en dos: directo e indirecto; el primero, "Consiste en crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor, si éste no lo hace.

El objeto indirecto consiste en la prestación que deberá pagar el fiador, la cual puede ser una cosa o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder de su valor en este último caso." (6)

Por su parte el maestro Clemente Soto Alvarez, señala al respecto: "El objeto directo es aquel que crea la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor si

(5) Rojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" T. IV. 15a. ed, Ed. Porrúa, México 1987, pág.. 331.

(6) Idem.-pág. 332

éste no lo hace. El indirecto es la prestación que deberá pagar el fiador (una cosa o un hecho) al acreedor".(7)

Dichas definiciones son eminentemente civilistas, y conviene precisar en que la fianza civil es subsidiaria a diferencia de la fianza mercantil que es solidaria, por lo que, en ambas definiciones quedaría correcto anotar que son obligaciones SUBSIDIARIA del fiador.

EXISTENCIA DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.- Por último, el tercer elemento lo compone la existencia de la obligación principal, y "Consiste en la existencia de la obligación principal, pues, si ésta no llega a existir o no tiene a su vez sus elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco puede tener vida jurídica".(8) "Si ésta no llega a existir o no tiene sus elementos esenciales, el contrato de fianza no tendrá vida jurídica; será inexistente si es inexistente la obligación principal". (9)

Por consiguiente, la fianza será inexistente, si lo es la obligación principal. Este principio no queda desmentido por la posibilidad legal de afianzar obligaciones futuras, ya que la existencia misma de la fianza dependerá de la realización de esa obligaciones. Lo mismo debe decirse cuando la obligación principal dependa de una

(7) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 209.

(8) Rojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil", ob. cit.. pág. 332

(9) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 209.

condición suspensiva, pues la fianza también quedará subordinada a dicha modalidad.

3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.

Como ya fueron estudiados en páginas anteriores sólo nos corresponde analizar los que se manifiestan en forma importante o trascendente en el contrato de fianza.

LA CAPACIDAD.- como primer requisito, es la aptitud de poder ser sujeto de derechos y obligaciones, se divide en dos; de goce y de ejercicio. En la fianza; "el fiador debe tener la capacidad general para obligarse; se establece en la ley la incapacidad, en el caso de la esposa; la mujer requiere autorización judicial para ser fiadora de su esposo, no la necesita para otorgar fianza a fin de que su esposo obtenga su libertad, los menores también necesitan autorización en el caso de estar emancipados, etc..."(10)

En el caso de la fianza mercantil, se presenta la capacidad, como la aptitud que tienen los sujetos de tener derechos y obligaciones, primero para que nazca la obligación principal, pues si ésta esta viciada o afectada de inexistencia también la fianza correrá la misma suerte; si la obligación principal surte sus efectos legales plenos, se podrá dar la fianza mercantil, primero para la

(10) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 209.

institución afianzadora, ésta requiere cumplir con todos y cada uno de los requisitos que marca la Ley para surtir efectos de derecho, ya que debe estar constituida, por regla general son Sociedades Anónimas, esto es, deberá cumplir con los requisitos y haber realizado el proceso de Constitución que podrá ser de suscripción pública o el tradicional (instantáneo) para poder tener personalidad jurídica plena, y ser una sociedad mercantil regular, pues de lo contrario, sólo respondería de sus obligaciones pero no podrá ejercitar sus derechos (sociedad irregular), en consecuencia para tener capacidad la institución de fianza o afianzado, debe cumplir con lo anterior y con lo ordenado por el artículo 10. párrafo segundo, tercero y cuarto de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, que establece:

"Competerá exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las Instituciones de fianzas, las que se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuanto en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la presente.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de esta Ley y en general para todo cuanto se refiere a las instituciones de fianzas.

La propia Secretaría podrá solicitar cuando así lo estime conveniente, la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas..."

El artículo 50. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

"Para organizarse y funcionar como instituciones de fianzas se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito público. Estas autorizaciones serán intransmisibles".

Como se puede percibir, las Instituciones de fianzas requieren para su funcionamiento de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mientras no cuente con tal permiso, estará impedida para funcionar, esto es, no podrá realizar ningún contrato de fianza.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas se refiere a la autorización para el funcionamiento de la afianzadora, pero debemos señalarla más propiamente como concesión, atendiendo el significado de cada uno de ellos.

Por autorización entendemos al acto de naturaleza judicial, administrativa o simplemente privado en virtud del cual una persona queda facultada para ejercer determinado cargo o función o para realizar determinado acto de la vida civil.

En tanto que la concesión es el acto de la administración en virtud del cual se otorga, mediante determinadas condiciones, a un servicio de interés general realizado por un particular, carácter de servicio público como si fuera realizado por la administración.

Otro supuesto es el que contempla el artículo 40. del mismo ordenamiento legal, que establece:

"Se prohíbe contratar con empresa extranjera fianza para garantizar actos de personas que en el territorio nacional deban cumplir obligaciones, salvo los casos de reafianzamiento o reaseguro y cuando se reciban por las instituciones de fianzas mexicanas, como contra garantía. Las fianzas que en contravención a lo dispuesto en este, artículo se llegaren a celebrar no producirán efecto alguno..."

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.- En cuanto a la ausencia de vicios en el consentimiento (dolo, error, mala fe, violencia y lesión) siguen de manera general los mismos lineamientos marcados en el capítulo segundo.

Cabe señalar que el artículo 81 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

"La propaganda o publicidad que las instituciones de fianzas y sus agentes efectúen en territorio nacional o en el extranjero, se sujetarán a las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional De Seguros y Fianzas.

Tales disposiciones deberán propiciar que la propaganda o publicidad se exprese en forma clara y precisa, a efecto de que no se induzca al público al engaño, error o confusión sobre la prestación de los servicios de las instituciones de fianzas y sus agentes. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas podrá ordenar, previa audiencia de la parte interesada, la modificación o suspensión de la propaganda y

publicidad que considere que no se sujeta a la previsto en este artículo".

Esto es, a diferencia de como se había señalado, en la que en los contratos mercantiles se permitía cierta tolerancia en cuanto a la propaganda o publicidad para exaltar los productos; para el caso particular de la fianza, esta se debe expresar en forma clara y precisa la prestación de sus servicios, para no inducir al público al engaño, error o confusión.

Corresponde a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la vigilancia de la propaganda o publicidad que lleven a cabo las afianzadoras.

OBJETO, MOTIVO O FIN LICITO.- En el mismo sentido se da el tercer requisito; objeto, motivo o fin lícito, pues debe cumplirse con los principios de ser posible física y jurídicamente, estar dentro del comercio, esto, es que sea valorable en dinero y transferible, en caso de la fianza mercantil, se da un derecho de garantía o garantizar una obligación principal, mediante un precio.

LA FORMA.- Por último, la forma como requisito de validez; en la fianza civil, no se requiere ninguna forma, esto es, podrá ser consensual o verbal y formal o escrita. En el caso de la fianza mercantil, nunca podrá ser verbal o consensual siempre será por escrito y ante una Institución de fianzas o afianzadora, que tendrá que expedir un

documento llamado póliza, que de hecho constituye la fianza, que tendrá consignado las condiciones del contrato; eso es, nombre de los contratantes, obligación garantizada y presupuesto de la misma, valor de la obligación, valor de la póliza, condiciones de pago, etc., el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala:

"Las instituciones de fianzas solo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas..."

Por lo tanto la fianza mercantil, contradiciendo un poco la tradición mercantil de la forma consensual, es formal, escrita siempre; pero debemos señalar que se dan los llamados contratos de adhesión, esto es, que una de las partes contratantes, (por regla general la afianzadora), hace todas las estipulaciones que contiene el contrato y sólo corresponde a la otra parte firmarlo adhiriéndose, manifestando su voluntad, estando de acuerdo con lo estipulado, sin poder hacer ninguna modificación al contrato.

3.4.ELEMENTOS PERSONALES Y MATERIALES.

Son cuatro los elementos personales que se requieren para la existencia de la fianza, no es preciso que todos ellos intervengan en el contrato y, por otra parte, el cometido de dos o más puede ser desempeñado por uno solo.

Pero además existe un elemento material que es la póliza, y además la prima, que es parte fundamental de la póliza.

1. La institución afianzadora.- Papel que sólo puede ser desempeñado por una Sociedad Anónima mexicana, provista de concesión (autorización) otorgada al efecto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (artículo 5o. de la Ley Feferal de Instituciones de Fianzas).

2. El tomador o contratante.- En la Ley llamado solicitante, que puede serlo cualquier persona física o moral y, por supuesto, el propio fiado.

3. El fiado o deudor principal.- Que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, como ya se dijo, puede protagonizar también el papel de tomador o contratante.

4. El beneficiario.- Carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal.

5. Como elemento material u objeto.- La póliza es el documnto en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y obligaciones del beneficiario es decir, la manifestación escrita del contrato de fianza. (artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La prima.- Es la cantidad de dinero que debe pagar el solicitante de la fianza a la afianzadora como precio de la fianza y que se consigna en la póliza, y se considera

elemento indispensable o de existencia pues de no pagarse no nace la fianza o en su caso deja de surtir sus efectos.

Es decir, es la contraprestación que el tomador o contratante, o el fiado o deudor principal se obliga a pagar a la institución de fianzas, en correspondencia a la obligación que ésta contrae de cubrir o garantizar ante el acreedor el pago de la obligación principal.

La prima se fija mediante una tarifa que las propias instituciones de fianzas consideren convenientes, mismas que se reportarán a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El artículo 86 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

"Las tarifas de primas que cada una de las instituciones cobren por las fianzas que otorguen, así como las comisiones que cubran por reafianzamiento, cofianzamiento y reaseguro y las remuneraciones que paguen a sus agentes, deberán reportarlas a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por lo menos con diez días hábiles previamente a su puesta en vigor, lo que podrá ordenar en los treinta días hábiles siguientes a su recepción los ajustes que estime pertinentes; de no hacerlo así se entenderá que no existe inconveniente para su utilización".

3.5. ESPECIES DE FIANZAS.

El artículo 2795 del Código Civil señala:

"La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso".

Fianza Judicial.- Es aquella que ha sido decretada por un Juez o Tribunal.

Fianza Legal.- Es la impuesta directamente por la Ley para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones o la gestión de ciertos cargos o encargos.

Entre estas dos fianzas existe muy poca diferencia, por lo que no es posible distinguir estas dos clases. Pero hay un rasgo de distinción: Toda fianza judicial es legal, pero no toda fianza legal es judicial.

Fianza Convencional.- Es la que deriva o tiene su origen del contrato de fianza otorgado de común acuerdo entre el fiador y el acreedor.

Fianza Gratuita.- Cuando el fiador al dar garantía no recibe ninguna retribución (fianza civil).

Fianza Onerosa.- Cuando el fiador al dar garantía recibe una retribución a cambio (fianza mercantil).

En atención al régimen jurídico podemos separarlas de la siguiente manera:

Fianza Civil.- Cuando el fiador se compromete gratuitamente por el deudor a pagar una obligación, pero solo si éste no lo hace. (regulado por el Código Civil).

Fianza Mercantil o de Empresa.- Cuando el fiador es una empresa que tiene concesión del Estado para celebrar profesionalmente el contrato de fianza. (regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Fianza Administrativa.- Cuando la constitución de la fianza se impone en virtud de un mandamiento legal, ya para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de autorizaciones, o de permisos, o de contratos administrativos, de concesiones, etc.

3.6. IMPORTANCIA.

El contrato de fianza mercantil o comercial o de fianza de empresa, como algunos la llaman, tiene una función de asistencia, garantía o apoyo de otros contratos o actos principales, que sin ella no podrían o dificultarían su realización.

Otra importancia está en su accesoriidad, y que Ruiz Quiroz, señala: "no debe confundirse entre fianza, en su acepción contractual-que se emplea en el artículo 2794 del Código Civil-y fianza, entendida como obligación fiadora -según se emplea en los artículos 2797 y 2798-; la obligación es accesoria, sin duda alguna, y por ello corre la suerte de la deuda principal; no ocurre lo mismo con el contrato, que corre su propia suerte, y buen ejemplo de ello es que surte todos sus efectos entre las partes -pago de la prima, garantía de la deuda principal- aunque posteriormente devenga nula la obligación garantizada; y otro ejemplo: el contrato es válido aunque todavía no exista obligación garantizada, como se desprende del artículo 2798 del Código Civil, que permite prestar fianza "... en garantía de

deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida."(11)

El maestro Díaz Bravo, contesta la anterior opinión de la siguiente manera: "y los casos que menciona Ruíz Quiroz son palmaria demostración del carácter siempre accesorio del contrato de fianza, aunque recaiga sobre las supradichas obligaciones de deudas futuras; el tutor queda obligado, ex nunc, a pagar los eventuales daños y perjuicios que por su mala administración se causen al pupilo; el crédito fiscal, cuyo pago se garantiza con fianza, es plenamente válido mientras no se resuelva su nulidad y la misma suerte corre la fianza, sin que importe que la resolución aniquile retroactivamente tal crédito, por cuanto, como tantas veces se ha dicho, la obligación fiadora fué válida, autónoma y diferente a la fiscal y por ello no puede ser retroactivamente destruida; lógico es que sus efectos, principalmente la obligación de pagar la prima, se mantengan incólumes."(12)

En consecuencia, la importancia del contrato de fianza está en su accesoriedad, esto es, depende de una obligación principal siempre, y permite la realización, aseguramiento y de garantía de ciertas operaciones (mercantiles o comerciales) o actos jurídicos, ampliando el

(11). Ruíz Quiroz, Humberto.- Citado por Díaz Bravo, Arturo.- "Contratos Mercantiles", 3a. ed., Ed. Harla, México, pág. 212..

(12). Díaz Bravo, Arturo.- ob. cit. pág. 213.

panorama mercantil, dando alternativas para llevar a cabo muchas de las actividades comerciales.

3.7. JUSTIFICACION.

En el presente punto se abarcarán los aspectos que nos permitan establecer las causas por la cual se da el contrato de fianza.

Mucho se ha discutido sobre las fuentes de las obligaciones de la empresa fiadora, es cierto que en los Códigos Civiles se proclama el carácter contractual de la fianza, a pesar de que fianzas hay, como muchas de las judiciales, que surgen de una mera declaración unilateral de voluntad; resulta de ello que, a pesar de la pretensión legal, la obligación fiadora es siempre el resultado de la unilateral voluntad del fiador, en cuanto consecuencia del contrato de fianza, sólo tiene como contenido su compromiso de asumir el carácter de cosolidado, subsidiario en la fianza civil, y de solidario en la mercantil o de empresa, con referencia a esta última el maestro Díaz Bravo señala: "De conformidad con el Derecho Positivo Mexicano, la fuente de la obligación fiadora es el contrato de fianza, que en la mayoría de los casos configura una estipulación a favor de tercero, otorgado entre la fiadora y el tomador o contratante..."(13)

(13). Díaz Bravo, Arturo.- "Contratos Mercantiles", Ob. Cit. pág. 213.

En consecuencia el contrato de fianza está constituido por la póliza, que como se ha dicho, constituye el contrato y para obtenerla el solicitante deberá pagar una prima, o valor del contrato, pues con ello se da origen a la garantía de la obligación principal.

3.8. FUNCIONAMIENTO DE LA AFIANZADORA.

En el presente punto debemos estudiar la naturaleza, organización, operaciones que realiza, activo, reservas, autoridades, prohibiciones, la contabilidad, e inspección y vigilancia.

De acuerdo con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece como ya se dijo, que las fianzas y contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarios solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

Prohíbe que personas ajenas a las afianzadoras otorguen fianza onerosa, esto es, podrá realizar fianzas civiles, sin costo o gratuitas, pero en el momento que se cobre por ella estarán en contra de la Ley. La fianza es mercantil por disposición expresa de la Ley, (lleva en si la especulación comercial).

En la misma forma prohíbe la realización de fianzas con afianzadoras extranjeras, y señala que la

sanción en su caso será que no producirán efecto legal alguno.

Para establecerse como una institución de fianzas o afianzadora, se requiere de la concesión del Gobierno Federal, quien delega esta función a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Deberá solicitarse la concesión ante la Secretaría mencionada acompañando: El proyecto de escritura constitutiva (sociedad anónima); un plan de actividades que como mínimo, contemple el capital social inicial, ámbito geográfico y programas de operación técnica colocación de finanzas y organización administrativa; así como el comprobante de haber constituido en Nacional Financiera un depósito en moneda nacional o en valores de Estado, por su valor de mercado igual al 10% del capital mínimo con que deba operar. La concesión respectiva quedará sujeta a la condición de que la institución de fianzas quede organizada y de comienzo a su operaciones en un plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura y documentos de que se trate. Este depósito se devolverá al comenzar las operaciones o de negarse la autorización, pero se aplicará al fisco Federal si otorgada no se cumpliere la condición referida. En el caso de que se deniege la autorización la autoridad podrá retener al solicitante, hasta el 10% del depósito y lo aplicará al fisco, en razón de las erogaciones que en trámite se hubieren hecho.

ORGANIZACION.

En cuanto a su organización el mismo ordenamiento legal dispone: Las instituciones de fianzas deberán ser constituidas como SOCIEDADES ANONIMAS de capital fijo de conformidad a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles y tendrá que cumplir con los siguientes requisitos:

a).- Tendrá por objeto o actividad la de otorgar fianzas a título oneroso, las necesarias para su realización y las que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorice y regule por considerar que son compatibles, análogas o conexas a las que les sean propias;

Esta es la característica principal de la fianza mercantil o de empresa.

b).- Deberán contar con el capital mínimo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fijará durante el primer trimestre de cada año, tomando en cuenta los recursos que, a su juicio, sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio procurando un desarrollo equilibrado del sistema afianzador. El capital mínimo deberá estar totalmente suscrito y pagado a más tardar el último día del mes de junio del año en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo haya fijado. Cuando el capital social exceda del mínimo deberá estar pagado cuando menos en un cincuenta por ciento, siempre que este porcentaje no sea menor del mínimo establecido. La

Secretaría de Hacienda podrá prorrogar el plazo hasta por seis meses más, a solicitud expresa.

El capital mínimo según acuerdo publicado en el Diario Oficial del 26 de marzo de 1992, es de \$6,500'000.000. (SEIS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS).

El capital social estará representado por acciones y no podrán participar en él (ser socios): las Instituciones de Crédito, Sociedades Mutualistas de Seguros, Casas de Bolsa o Cambio, Organizaciones Auxiliares de Crédito y Sociedades Operadoras de las Sociedades de Inversión.

c).- Ninguna persona podrá ser propietaria de más del 15% del capital pagado de una institución de fianza, excepto: La Administración Pública Federal entre otras.

d).- La duración de la institución de fianzas será indefinida.

e).- Deberá celebrarse una asamblea general ordinaria al año.

f).- El número de sus administradores no podrá ser inferior de cinco y actuarán constituidos en Consejo de Administración.

g).- Se formará un fondo de reserva con el 10% de las utilidades, hasta alcanzar una suma igual al capital pagado.

h).- La escritura constitutiva y cualquier modificación de ésta deberá ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

i).- Para la fusión de dos o más afianzadoras se requiere de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

j).- La disolución y liquidación se regirá por lo dispuesto por la Ley, y deberán intervenir:

1. El cargo de Síndico y Liquidador, corresponderá a una Institución de Crédito facultada para ello. (Banco);

2. La Comisión Nacional de Seguros y de Fianzas, la función de vigilancia de los liquidadores;

3. La misma comisión podrá solicitar la suspensión de pagos de conformidad con la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

OPERACIONES QUE REALIZA.

Se considera como capital base de operación de una institución de fianzas, el capital contable más el porcentaje que respecto de la reserva de contingencia (que se constituye con el 15% de la cantidad que resulte de restar a las primas retenidas por la institución, el importe de las comisiones pagadas a agentes autorizados y, en su caso, a reafianzadoras, reaseguradoras o coafianzadoras) que determine trimestralmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; de dicha suma se deducirá el activo no computable. El total de las primas retenidas por una institución de fianzas en cada ejercicio, no podrá exceder del porcentaje que del capital base de operación determine

la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por primas retenidas se entiende la suma de las primas brutas y las de reafianzamiento tomado, deducidas las primas devueltas y las de reafianzamiento o reaseguro cedido.

La prima, como ya se había señalado es la contraprestación que ha de pagar el solicitante de la fianza a satisfacción de la institución de fianzas, en correspondencia de la obligación que ésta contrae de garantizar con fianza ante el acreedor.

La prima retenida la podemos entender como la prima neta, esto es, consiste en que a las primas brutas más las de reafianzamiento tomado por la institución de otras afianzadoras, habrá de restarle (deducirle) las primas que devuelve más las primas que ofrece en el reafianzamiento que la institución da a otras afianzadoras.

De manara matemática podría representarse así:

$$(Fianzas\ Brutas\ +\ Reafianzamiento\ Tomado) - (Primas\ Retenidas\ +\ Reafianzamiento\ Cedido) = Primas\ Retenidas.$$

Las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas.

El artículo 20 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, señala:

"Para los efectos de esta Ley, se entiende que existe una misma

responsabilidad, aunque se otorguen varias pólizas de fianzas:

I. Cuando una institución otorgue fianzas a varias personas y la exigibilidad de todas las obligaciones afianzadas dependa necesariamente de un mismo hecho o acto.

II. Cuando la institución otorgue fianzas para garantizar obligaciones a cargo de una misma persona, cuya exigibilidad dependa necesariamente de la realización de un mismo hecho o acto.

III. Cuando se garanticen obligaciones incondicionales a cargo de un misma persona que consistan en la entrega de dinero; y

IV. En los demás casos que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante disposiciones generales."

Las afianzadoras tienen la obligación de obtener garantías de recuperación, que podrán ser:

1. Prenda, hipoteca o fideicomiso;

La garantía constituida en prenda solo podrá ser:

a).- Dinero en efectivo;

b).- Depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito.

c).- Valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal.

d).- Valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores;

e).- Otros bienes valuados por instituciones de crédito o corredor, la responsabilidad de la fiadora no excederá del ochenta por ciento del valor de los bienes.

La garantía en hipoteca, deberá constituirse sobre bienes valuados por institución de crédito. En este caso,

el importe de la fianza no será superior al ochenta por ciento del valor disponible del inmueble.

En fideicomiso sólo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición. En lo conducente, se aplicarán a éste las proporciones y requisitos para las demás garantías.

2. Obligaciones solidarias;

3. Contrafianza;

La garantía que consista en obligaciones solidarias o contrafianza, se aceptará cuando el obligado solidario o el contrafiador comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio. En todo caso, el monto de la responsabilidad de la institución no excederá del cincuenta por ciento del valor disponible de los bienes. o

4. Afectación en garantía en los términos de Ley.

ACTIVO COMPUTABLE.

La Ley considera como activo computable de la afianzadora, los siguientes bienes:

1. Existencia en caja, representada por moneda de curso legal y divisas extranjeras;

2. Depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito;

3. Valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal, etc.;

4. Valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores;

5. Acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de edificios destinados al establecimiento de las oficinas de la institución;

6. Vivienda de interés social e inmuebles urbanos;

7. Acciones de las sociedades auxiliares o consorcio de fianzadoras;

8. Los títulos recibidos en descuento y redescuento a instituciones y organizaciones auxiliares de crédito y a fondo permanente;

Se llama descuento a la operación de crédito en el que el acreditante (descontante) pone una suma de dinero a disposición del acreditado (descontatario), a cambio de la transmisión de un crédito de vencimiento posterior; esto es, cantidad que se deduce del valor de un documento mercantil que es recogido antes de su vencimiento. En otras palabras es el premio otorgado al deudor en atención a haber pagado antes del momento en que tenía la obligación de hacerlo.

Se llama redescuento al descuento hecho por las instituciones de crédito con la banca central, de los títulos que las primeras han adquirido como descontantes, o sea, operación mercantil consistente en descontar un crédito

que el titular del mismo adquirió como descontante (descuento en el título con descuento).

9. Créditos garantizados con prenda, hipoteca o fideicomiso;

10. Créditos provenientes de operaciones propias del objeto de la institución de fianzas;

11. Frutos civiles de sus inversiones y créditos;

12. Muebles necesarios para su servicio;

13. Gastos anticipados, los de establecimiento y organización;

14. Bienes diversos de los indicados en los puntos anteriores que la institución adquiriera con motivo de sus créditos; y

15. Los que autorice y regule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para prevenir de operaciones compatibles, análogas y conexas a las que les sean propias.

RESERVAS.

Las instituciones de fianzas están obligadas a constituir las reservas de fianzas en vigor, de contingencia y otras que la Ley determine.

Son reservas de fianzas en vigor son las que se formarán con el cincuenta por ciento de la prima bruta correspondiente a la primera anualidad de vigencia, y permanecerá constituida hasta que la fianza sea debidamente cancelada. Las primas por periodos que excedan de un año,

que la institución cobre por anticipado, incrementarán por su importe total la reserva de fianzas en vigor y serán aplicadas al iniciarse cada uno de los periodos anuales de vigencia.

Las reservas de contingencia se constituirán con el quince por ciento de la cantidad que resulte de restar a las primas retenidas por la institución, el importe de las comisiones pagadas a gentes autorizados y, en su caso, a reafianzadoras, reaseguradoras o cofianzadoras. Esta será acumulativa y sólo podrá dejar de incrementarse con el total o parte de las cantidades anteriores cuando a juicio de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas el monto de la misma sea suficiente para cubrir las posibles pérdidas por pago de responsabilidades y siempre que la institución presente una sana técnica financiera.

Las reservas y el capital contable pueden invertirse en la forma siguiente:

I. Hasta el treinta por ciento de las reservas de fianzas en vigor y de contingencia en depósito con interés en la institución u organismo del sector público que determina la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

II. El remanente de las citadas reservas podrá mantenerse en los activos y con las limitaciones establecidas por la Ley, o por disposiciones de carácter general de la misma o por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

III. El capital contable podrá mantenerse en los activos y con las limitaciones de Ley o disposiciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

IV. Cuando las instituciones de fianzas presenten faltantes en depósito o en los diversos renglones de activos que deban mantener, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará el pago de intereses penales aplicables.

PROHIBICIONES.

Las instituciones de fianzas podrán realizar las operaciones encaminadas a su actividad u objeto, estarán prohibidas para ellas por disposición expresa de la Ley:

1. Otorgar garantías en forma de aval;

El aval es una garantía personal, no real. Mediante el aval se garantiza en todo o en parte, el pago de la letra de cambio (artículo 109 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) y en general de un título de crédito.

2. Grabar en cualquier forma los bienes de su activo;

3. Obtener préstamos;

4. Dar en reporto títulos de crédito;

El reporto es un contrato mediante el cual el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad del título de crédito y se obliga a transferir al reportado la

propiedad de otros tantos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. (artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

5. Operar con sus propias acciones;

6. Emitir acciones preferentes o de voto limitado;

7. Afianzar a sus funcionarios y administradores, o aceptarlos como contrafiadores u obligados solidarios, así como otorgar pólizas en las que los mismo aparezcan como beneficiarios;

8. Sólo podrá formarse en Sociedad Anónima y no podrá entrar por constituir parte de ninguna otra;

9. Adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar en su activo. Cuando una afianzadora reciba en pago de adeudos o por adjudicación en remate dentro de juicios relacionados con créditos a su favor, o al ejercitar los derechos que les confieren las operaciones que celebren conforme a la Ley, bienes, derechos, títulos o valores de los señalados anteriormente, deberá venderlos en el plazo de un año a partir de su adquisición, cuando se trate de títulos o de bienes muebles, de dos años cuando se trate de inmuebles urbanos y de tres años cuando se trate de inmuebles rústicos;

10. Aceptar responsabilidades sin cumplimentar las formalidades señaladas en la Ley y disposiciones aplicables;

11. Comerciar con mercancía de cualquier clase;

12. Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución, los directores, subdirectores o gerentes generales, salvo que correspondan a prestaciones de carácter laboral; y

13. Repartir dividendos con los fondos de las reservas que hayan constituido por disposición legal o de otras reservas creadas para compensar o absorber pérdidas futuras.

En términos generales sólo podrá realizar actos encaminados a su objeto principal, que es la de garantizar obligaciones principales, mediante una remuneración económica.

CONTABILIDAD.

Las afianzadoras registrarán en su pasivo, en cuenta de balance, el importe de las obligaciones que contraigan por cualquier concepto que sea, excepto por las correspondientes al otorgamiento de fianzas, que se registrarán en cuenta de orden.

A la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas corresponde fijar las bases para la estimación de los activos de las afianzadoras de acuerdo a los siguientes principios:

a). Los créditos y documentos mercantiles se estimarán por su valor nominal;

b). Los bonos, obligaciones y otros títulos de naturaleza análoga que estén al corriente, se estimarán al valor presente de los futuros beneficios del título;

c). Las acciones se valuarán de acuerdo con los procedimientos que para tal efecto establezca la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas;

d). Los bienes o mercancías que tengan un mercado regular se estimarán por su cotización;

e). Los inmuebles urbanos se estimarán por el promedio de avalúos que realice una institución de crédito;

f). Los demás bienes y créditos serán estimados por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, de acuerdo con las pruebas conducentes presentadas al efecto.

Las afianzadores deberán registrar en su contabilidad todas y cada una de las operaciones que practiquen, cualquiera que sea su origen; las cuentas de éstas, se sujetarán al catálogo que al efecto autorice la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Asimismo, deberán practicar sus estados financieros el día último de cada mes, deberán presentar y publicar su estado financiero anual el 31 de diciembre de cada año.

INSPECCION Y VIGILANCIA.

Corresponde a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la inspección y vigilancia de las instituciones de

fianzas y tiene la atribución y obligaciones que la Ley le confiere, que son entre otras las siguientes;

1. Actuar como cuerpo de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2. Hacer los estudios que se le encomienden y prestar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las sugerencias que estime adecuadas;

3. Coadyuvar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el desarrollo de políticas adecuadas para la asunción de responsabilidades y aspectos financieros en relación con las operaciones del sistema de fianzas.

4. Proveer las medidas que estime necesario para que las afianzadoras cumplan con las responsabilidades contraídas con motivo de las fianzas atorgadas.

El presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas tiene derecho y atribuciones para:

a). Inspeccionar y vigilar las instituciones de fianzas, así como a las demás personas y entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión.

b). Intervenir en los arqueos, cortes de caja y demás comprobantes y verificaciones de contabilidad de la afianzadora sometidas a su inspección y hacer las estimaciones necesarias para determinar su situación financiera y los valores de su activo.

c). Revisar y, en su caso, modificar las primas que cobren las afianzadoras por el otorgamiento de fianzas,

así como las comisiones que cobran por reafianzamiento, cofianzamiento, reaseguro y a sus agentes.

d). Formular y publicar las estadísticas relativas a las afianzadoras y sus operaciones.

e). Vigilar que las personas y entidades de las afianzadoras rindan oportunamente los informes y datos que están obligados a presentar, (mensual y anualmente).

f). Investigar actos que hagan suponer la ejecución de operaciones violatorias de esta Ley, pudiendo al efecto ordenar visitas de inspección a los presuntos responsables.

g). Proponer a la junta de gobierno la expedición de circulares formulando el proyecto respectivo.

h). Informar a la junta de gobierno de los hechos o situaciones que, en su concepto, afecten el buen funcionamiento o solvencia de las afianzadoras, proponiendo las medidas pertinentes.

i). Informar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público acerca de las infracciones administrativas y hechos delictivos de que tenga conocimiento, por violaciones a la Ley de la materia y demás disposiciones legales aplicables.

j). Desempeñar las funciones que le encomiende o le delegue la junta de gobierno.

k). Representar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en el compromiso arbitral que al efecto se celebre en los términos de Ley, y dictar laudos respectivos

1). Imponer sanciones que correspondan en términos de Ley.

m). Y otras que la ley ordene o disponga expresamente.

Existe también el Reglamento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad.

3.9. EFECTOS JURIDICOS.

En cuanto a las obligaciones que pueden ser garantizadas con fianza, el maestro Soto Alvarez, señala, "Pueden ser afianzadas toda clase de obligaciones lícitas, (principales, accesorias, de dar, hacer, no hacer, líquidas o ilíquidas, presentes o futuras o sujetas a modalidades), pueden ser afianzadas también la obligación nacida de la fianza misma, puede recaer también respecto de una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, y por último se pueden garantizar también las obligaciones derivadas de los contratos de prenda o hipoteca."(14) En general podrán garantizarse con fianza todas las obligaciones lícitas.

El contrato de fianza origina efectos jurídicos de las relaciones entre:

a). Acreedor y fiador;

(14) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 210.

b). Deudor y fiador;

c). Fiador y fiador (cofiadores o reafianzadores).

La fianza genera efectos jurídicos entre el acreedor y el fiador o afianzadora, estos son:

a). Si el deudor no cumple con la obligación, el acreedor tiene facultad para exigir el cumplimiento al fiador, en este caso el fiador, al ser demandado, puede oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y a la fianza; las cuales provienen de prórroga, alteración de la deuda sujeta a nuevos gravámenes, caducidad o novación.

b). El fiador, para el caso de la fianza civil, tiene los derechos que responden al nombre especial de beneficios de orden y excusión y división, los dos primeros se refieren a las relaciones del fiador con el acreedor, el de división comprende tanto las relaciones de los fiadores con el acreedor como de los fiadores entre sí. Los beneficios de orden y excusión funcionan por Ministerio de Ley; el de división debe estipularse.

"Beneficio de orden: Consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador sin haber demandado antes al deudor y se haga la excusión de sus bienes, (este beneficio puede renunciarse, en este caso puede demandarse al mismo tiempo al deudor principal y al fiador, e incluso primero a este último). El beneficio de excusión, consiste en que el acreedor no puede trabar ejecución en los bienes del fiador, sin antes aplicar todo el valor libre de los bienes del

deudor al pago de la obligación, la cual quedará extinguida a la parte que no se haya cubierto. Tanto el beneficio de orden como el de excusión son renunciables."(15)

Los beneficios de orden y excusión se encuentran regulados por los artículos 2814 y 2815 del Código Civil.

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

"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."

El fiador podrá interponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y a la fianza, pero no puede hacer valer las excepciones personales del deudor, (artículo 2812 del Código Civil) como:

Compensación: "El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador, puesto que aquella es una excepción inherente a la obligación principal."(16)

El artículo 2185 del Código Civil establece:

"Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho".

(15) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 211.

(16) Olvera de Luna, Omar.-"Contratos Mercantiles".2da. ed, Ed. Porrúa, México 1982, pág. 168.

El efecto de la compensación es la de extinguir las dos deudas, hasta la cantidad de la menor.

Por otra parte el artículo 2199 del Código Civil señala:

"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."

Confusión: "Si en la misma persona se reúnen las calidades de acreedor y deudor principal, se extingue la deuda, luego se extingue la fianza; pero si la confusión cesa, la obligación renace y también la garantía."(17)

Es decir, cuando la calidad de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona hay confusión y deja de existir la obligación; por ejemplo: Si el acreedor en testamento designa heredero universal al deudor, éste se convierte en titular del crédito que en contra de él tenía el acreedor, una vez que se adjudica todos los bienes heredados se consuma la confusión, por lo tanto, se extingue la obligación; ahora bien, si el testamento donde se designa heredero universal al deudor, resulta ser nulo, y al venir la declaración correspondiente el deudor deja de ser heredero del acreedor por lo tanto renacerá la condición de deudor de los que resulten herederos legítimos; cesa la confusión, renace la obligación y también la garantía.

(17) Olvera de Luna, Omar.- ob. cit., pág. 168.

El artículo 2206 del Código Civil establece:

"La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa."

Remisión: "La remisión de la deuda principal extingue la fianza, aunque el deudor la rechace." (18)

Existe remisión cuando el acreedor dimite voluntaria y unilateralmente al derecho de exigir, total o parcialmente, a su deudor el pago de la obligación. Recibe también el nombre de "remisión de la deuda", o "perdón de la deuda" y cuando es parcial toma el nombre de "quita".

El artículo 2209 del Código Civil dispone:

"Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe."

El efecto principal es la de extinguir el derecho de crédito, total o parcialmente.

El artículo 2210 del mismo ordenamiento establece:

"La condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias, pero la de éstas deja subsistente la primera."

Novación: "Esta extingue la fianza, pero el acreedor puede reservarse las garantías, pero con el

(18) Olvera de Luna, Omar.- ob. cit., pág. 168.

consentimiento del fiador."(19)(sustituyen una obligación anterior por una nueva habiendo cambio de sujetos o del objeto).

El artículo 2213 del Código Civil señala:

"Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua."

El artículo 2220 del citado ordenamiento dispone:

"La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva."

Prescripción: "Puede ser opuesta por el fiador, aunque el deudor hubiere renunciado a ella."(20) (pérdida del derecho por el transcurso del tiempo para ejercitarlo).

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala:

"Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en tres años. El requerimiento escrito de pago o en su caso la presentación de la demanda, interrumpe la prescripción."

Rescisión y nulidad: "Una y otra extinguen la obligación así como la fianza, pero en uno y en otro caso,

(19) Olvera de luna, Omar.- ob. cit., pág. 169.

(20) Idem.- pág. 169.

puede hacerlas valer el fiador." (21) artículo 2813 del Código Civil.

Las relaciones entre el deudor y el fiador son:

1o. Antes de haber pagado el fiador, artículo 2836 del Código Civil y 2o. después de haber hecho el pago, artículo 2829 del mismo ordenamiento.

"por virtud del pago hecho, el fiador tiene el derecho de ser reembolsado y ejecutar al deudor, para ello existen dos procedimientos: el de la Subrogación y el del juicio ejecutivo que puede seguir el fiador contra el deudor, el fiador tiene, además, el derecho de que se le releve la fianza. La Ley establece que el fiador debe ser indemnizado por el deudor con el pago de la deuda principal, intereses, gastos hechos, daños y perjuicios que haya sufrido por culpa del deudor." (22) "Las relaciones entre deudor y fiador antes del pago originan para éste el derecho de exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza cuando, fué demandado judicialmente por el pago, si el deudor sufre menoscabo en sus bienes y se halla en riesgo de quedar insolvente, si pretende ausentarse de la República, si el deudor se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado y éste ha transcurrido y si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo."(23)

(21) Olvera de luna, Omar.- ob. cit., pág. 169.

(22) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 212.

(23) Idem. pág. 211.

Las relaciones entre el deudor y el fiador, fundamentalmente es el ser reembolsado éste último de lo que pagó y que se le releve de la fianza. Para ser pagado puede seguir el camino de la subrogación y el juicio ejecutivo.

La subrogación es la forma de transmisión de las obligaciones que se verifica por Ministerio de Ley, y sin necesidad de declaración alguna de los interesados, cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

El artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone:

"El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la obligación garantizada."

El juicio ejecutivo es aquel que, fundado en un documento (título ejecutivo), en este caso la póliza que constituye por sí solo prueba eficaz de la existencia del derecho al crédito reclamado, permite al Juez satisfacer la pretensión en forma sumaria, procediendo al embargo y (posterior) remate de bienes, bastantes para cubrir el monto de lo que se pide con los gastos y costas que se ocasionen. Artículo 124 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Existen relaciones jurídicas entre fiadores y tendrá el beneficio de división, cuando existen varios

fiadores y hubiere pacto expreso de que el acreedor reclamara a cada fiador la parte proporcional que le corresponda en caso de incumplimiento del deudor, porción que puede ser igual o diferente. Si no existiere convenio, cada fiador responderá de la totalidad del adeudo; pero si no fueren demandados, puede cada uno hacer citar a los demás para que se defiendan y les surta efectos la sentencia.

El beneficio de división no se aplica contra el acreedor, sino cuando hay pluralidad de fiadores. Los fiadores tienen frente al acreedor una responsabilidad solidaria, responden cada uno por la totalidad, salvo pacto en contrario.

El fiador que pide el beneficio de la división según el artículo 2840 del Código Civil, si el acreedor exigió a uno de los fiadores solamente su parte y éste resulta insolvente, esa parte la pierde, pues solamente podrá reclamar a los demás fiadores la totalidad menos la parte del fiador insolvente.

El beneficio de división no puede tener lugar entre fiadores según lo dispone el artículo 2839 del Código Civil.

Este beneficio es el de que en los casos de insolvencia futura de alguno o algunos fiadores el que lo pida no se vea expuesto a sufrir después un aumento de su responsabilidad, esta constituye una defensa del cofiador.

El fiador para el caso de la fianza mercantil, no goza de los beneficios de orden y de excusión tal y como lo

señala el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que dispone:

"Las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal..."

Esta tan marcada diferencia nos plantea que la fianza civil es una obligación subsidiaria, en tanto que, la fianza mercantil o de empresa es una obligación solidaria; esta forma de solidaridad fiadora, aunque es relativamente nueva en nuestro régimen legal, tiene influencia del Código Civil Italiano.

3.10. MODALIDADES.

Las modalidades que pueden afectar la constitución de la fianza, son de dos órdenes: modalidades inherentes a la obligación principal, que indirectamente afectan a la fianza; y modalidades estipuladas en el contrato de fianza.

Las modalidades relativas a la obligación principal, pueden ser la Condición, el Término, la Pluralidad de sujetos o de Objetos, o la indivisibilidad de la obligación. Las modalidades estipuladas en el Contrato de Fianza, pueden ser el término y la condición.

Las fianzas que se otorguen deberán ser siempre por escrito (mercantil), y en documento que reciben el

nombre de póliza. Así ésta sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales de las mismas, tales como los de ampliación, disminución, prórroga, aviso de aceptación y otros documentos relativos.

El artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala:

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

Las pólizas deberán contener:

1. Denominación, domicilio y capital social de la institución.
2. Número de orden
3. Importe de la prima y derechos pagados.
4. Plazo de vigencia.
5. Descripción de la obligación garantizada.
6. Nombre del beneficiario o acreedor.
7. Nombre del fiador.
8. Fecha en que se expide.
9. Fecha de expedición.

10. Firma del representante legal de la institución.

11. Las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El fiador, como contraprestación por la responsabilidad que asume, tiene derecho a percibir determinada suma de dinero, conocida con el nombre de prima. El importe de ésta, se sujetará a las tarifas que apuebe la Secretaría de Hacienda y Crédito Público vía la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículo 86 de la Ley Federal de Seguros y Fianzas).

3.11.

REAFIANZAMIENTO Y COAFIANZAMIENTO.

Las afianzadores requieren algunas veces de apoyo, por circunstancias propias de lo que se va a garantizar, por lo que acuden a la distribución del riesgo, ya sea en forma vertical -reafianzamiento- u horizontal -coafianzamiento-.

El artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

"El reafianzamiento es la fianza por la cual una institución de fianzas se obliga a pagar a otra, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta debe cubrir al beneficiario por su fianza.

En los casos en que se otorguen varios reafianzamientos respecto de una misma fianza, cada institución participante será responsable ante la fiadora directa

por una cantidad proporcional a la responsabilidad asumida por cada una de ellas, y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva."

Con el coafianzamiento se comparte el riesgo de fianzas peligrosas o de crecido monto.

Por su parte el artículo 116 del mismo ordenamiento legal, señala:

"Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizado por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiador.

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

Lo entendemos como la celebración de un contrato de fianza con varias afianzadoras, de lo que resulta la coparticipación de todas ellas en el mismo riesgo, y cada empresa responderá hasta por la cantidad consignada en la póliza.

El artículo 32 de la misma Ley señala:

"Para la adecuada diversificación de las responsabilidades asumidas por la expedición cuyo monto no exceda del importe de su margen de operación, las instituciones de fianzas podrán celebrar contratos de reafianzamiento, coafianzamiento ...".

En tanto que el artículo 33 de la citada Ley dispone:

"Cuando la responsabilidad asumida por una institución de fianzas excede de su margen de operación, necesariamente deberá distribuir entre otras instituciones, la cantidad que exceda de dicho margen pudiendo elegir entre reafianzar o reasegurar, u ofrecer el cofianzamiento respectivo."

En cuanto a su funcionamiento sigue los mismos lineamientos de toda fianza.

3.12. EXTINCIÓN DE LA FIANZA.

¿Cómo termina el contrato de fianza?, el maestro Clemente Soto, nos dice al respecto: "1o.- Por vía de consecuencia cuando la obligación principal se cumple, es decir, toda causa de extinción de la obligación principal origina, necesariamente, la extinción de la fianza, (novación, compensación, remisión de deuda y confusión, prescripción, rescisión, y nulidad). 2o. Por vía principal cuando el motivo de la existencia de la fianza se encuentra en la fianza misma: Por revocación, cancelación, cuando el acreedor concede al deudor una espera o prórroga para el cumplimiento de la obligación. 3o. Se señala como un caso especial de extinción el de los fiadores aún cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o

negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor." (24)

La novación, compensación, remisión, confusión, prescripción, rescisión y nulidad ya fueron tratados con anterioridad.

Desde luego, toda causa de extinción de la obligación principal, origina la extinción de la obligación accesoria, en este caso la fianza. Pero puede extinguirse en forma directa cuando exista una causa que sólo afecte a la fianza, quedando existente la obligación principal. También puede terminar, concomitantemente, la obligación principal y la fianza, por ejemplo, como cuando ambos contratos están viciados de incapacidad o de algún vicio de la voluntad. En materia civil los artículos 2848 y 2849 del Código Civil disponen que si se trata de fianza por tiempo determinado, caducan si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando sin causa justificada deja de promover tres meses en el juicio entablado en contra del deudor.

En cambio, cuando la fianza fuere por tiempo indeterminado, el fiador podrá interpelar al acreedor cuando la deuda se haga exigible, a fin de que promueva judicialmente, exigiendo su cumplimiento, dentro del plazo de un mes. Si el acreedor no lo hace, o si entablado el

(24) Soto Alvarez, Clemente.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", ob. cit. pág. 213.

juicio, dejare de promover por más de tres meses, el fiador, quedara libre de sus obligaciones.

Por otra parte el artículo 119 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone:

"La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza."

Para el caso específico de la fianza mercantil o de empresa, esta tiene un trato diferente, ya que el artículo 118 de la Ley citada señala:

"... y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor."

Cabe señalar que en materia de fianzas mercantiles, estas tienen un procedimiento especial y bajo este rubro se encuentra en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el que el artículo 93 dispone:

"Los beneficiarios de fianzas, a su elección podrán presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes. Las instituciones de fianzas estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente..."

...La sola presentación de la reclamación que se preveá en este artículo interrumpe la prescripción...
...La institución dispondrá de un plazo de treinta días hábiles para hacer el pago, si es que procede."

Esto es, el beneficiario de la fianza (acreedor) puede elegir entre recurrir a los tribunales judiciales a hacer valer sus derechos o presentar su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Si elige en recurrir ante los tribunales judiciales, el juicio se substanciará conforme al artículo 94 de la Ley citada. Pero primero requerirá de oficio o escrito dirigido a las oficinas de la institución y esta dispondrá de un plazo de 30 días hábiles para hacer el pago, si es que éste procede.

En todo caso, se emplazará a la institución y se corre traslado de la demanda para que conteste en un término de cinco días hábiles. (artículo 94 fracción I de la Ley).

Transcurridos éstos, se concederá un término ordinario de prueba por 10 días y gozarán de un plazo de 3 días para alegar por escrito. (artículo 94 fracción II de la Ley).

El Juez o Tribunal dictará sentencia en un plazo de 5 días. (artículo 94 fracción III d la Ley).

Contra estas sentencias procederá el recurso de apelación que se admitirá en ambos efectos. (artículo 94 fracción IV de la Ley).

Las sentencias y mandamientos de embargo que se dicten en contra de las instituciones se ejecutarán exclusivamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El Código Federal de Procedimientos Civiles es de aplicación supletoria de las reglas procesales del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ahora bien, si opta por formular su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se substanciará conforme al artículo 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La Comisión una vez recibida la reclamación correrá traslado a la afianzadora, para que ésta en un plazo de 30 días hábiles realice el pago, si es que procede.

La Comisión citará a las partes a una junta de avenencia después de los 30 días. En la junta exhortará a las partes a conciliar sus intereses, si no fuera posible, la Comisión los invitará a que lo designen arbitro.

La Comisión resolverá en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a formalidades especiales, pero observando las esenciales del procedimiento. No habrá incidentes y la resolución solo admitirá aclaración, a instancia de parte y dentro de los 3 días siguientes a la notificación.

Al juicio arbitral se aplicará supletoriamente el Código de Comercio, excepto los artículos 1235 y 1296, a

falta de éste, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal salvo el artículo 617.

Las notificaciones deberán hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo y surtirán sus efectos el día siguiente a la notificación.

Con independencia de lo anterior, en el compromiso arbitral regirán los siguientes términos:

1. Nueve días para la contestación de la demanda, a partir del día siguiente de la celebración del compromiso, y de nueve días para producir la contestación a partir del día siguiente del emplazamiento.

2. Vencidos estos términos, la Comisión dictará acuerdo para ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de pruebas, el término no podrá exceder de 40 días.

3. 10 días comunes a las partes para formular alegatos, y

4. 3 días para los demás casos.

Las notificaciones que no sean personales, se harán a las partes por medio de listas que se fijarán en los estrados de la Comisión y surten sus efectos al día siguiente en que fueron fijados.

El laudo que se dicte sólo admitirá como medio de defensa, el Juicio de Amparo. A las demás resoluciones, el recurso de revocación.

El laudo que condene a la institución le otorgará para su cumplimiento un plazo de 15 días hábiles siguientes

a su notificación. Corresponde a la Comisión la ejecución del laudo.

El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nos señala el procedimiento para hacer efectivas las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, y de conformidad con las bases que fije el reglamento de este artículo.

Se exceptúan las que se otorguen a favor de la federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

Siempre el beneficiario al ejercitar su derecho deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.

El artículo 117, 2o. párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone:

"... El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada."

3.13. CARACTERISTICAS.

La fianza mercantil o de empresa como contrato tiene ciertas características que la determan, y son:

a). Nominativa.- Por que tiene un nombre o denominación en la Ley.

b). Típico.- Porque está regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y por el Código Civil.

c). Accesorio.- Depende de un contrato u obligación principal, llamado de garantía.

d). Formal.- Siempre es escrito.

e). De adhesión.- Por que se utilizan los contratos de machotes o de estipulación de una sola de la partes y la otra solo manifiesta su consentimiento con el contenido del mismo, firmando, sin poder hacer ningún cambio o manifestación aparte. (póliza).

f). Aleatorio.- Porque está supeditado a un acontecimiento futuro de realización incierta, o a la suerte.

g). Bilateral.- Porque genera derechos y obligaciones para ambos contratantes, prestaciones recíprocas.

h). Oneroso.- Con provechos y gravámenes recíprocos, costo o pago para el solicitante y ganancias o especulación comercial para el fiador o afianzadora.

i). De tracto sucesivo.- Implica que no se cumple en un sólo momento, sino que se alarga en el tiempo para cumplir sus efectos.

Tiene la finalidad de asegurar, proteger, responder en caso de incumplimiento del deudor, una obligación principal.

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

P R I M E R A.- El contrato es la manifestación de las partes, para crear o transferir derechos y obligaciones, y pueden ser civiles o mercantiles.

S E G U N D A .- El contrato mercantil tiene como principal característica la especulación comercial (lucro, ganancia o tráfico comercial).

T E R C E R A.- El contrato de fianza podrá ser civil o mercantil, será civil cuando no exista una especulación comercial, esto es, debe ser gratuito.

C U A R T A .- La fianza será mercantil, cuando la realiza una institución afianzadora con el ánimo de especular comercialmente, que responde por la obligación principal en caso de incumplimiento del deudor.

Q U I N T A.- El contrato de fianza es aquel que nace para que un sujeto llamado fiador, responda de una obligación principal, en caso de que el deudor no cumpla. Tiende a aumentar la certidumbre del cumplimiento de la obligación principal.

S E X T A.- El contrato de fianza mercantil siempre será por escrito, nunca verbal o consensual, contradiciendo la tradición mercantil de la forma consensual, esto es, será formal, escrita siempre.

S E P T I M A.- La característica importante de la fianza mercantil es ser un contrato accesorio de garantía pues depende de una obligación principal, la cual está asegurando su cumplimiento, en caso de que el deudor no lo realice.

O C T A V A .- La fianza por tratarse de un contrato accesorio, un elemento de existencia más lo conforma la presencia necesaria de la obligación principal, ya que si ésta no llega a existir o no tiene todos sus elementos esenciales, el contrato de fianza no tendrá

vida jurídica; será inexistente si es inexistente la obligación principal.

N O V E N A .- La fianza mercantil o de empresa plantea una obligación solidaria, en tanto que, la fianza civil es una obligación subsidiaria, cuyos rasgos son opuestos, ya que en la fianza mercantil no existe el beneficio de orden y de excusión, como sí en la fianza civil.

D E C I M A .- Se requieren de seis elementos indispensables para la existencia de la fianza: la institución afianzadora, el tomador o contratante, el fiado o deudor principal, el beneficiario, la póliza y la prima.

D E C I M A P R I M E R A .- La prima es la cantidad de dinero que debe pagar el solicitante de la fianza, a la afianzadora como precio de la fianza, elemento indispensable o de existencia, pues si no se paga la prima, no nace la fianza o en su caso deja de surtir sus efectos.

D E C I M A S E G U N D A.- La póliza en la fianza, constituye el documento indispensable para hacerla efectiva, ya que si no se presenta esta no podrá cobrarse, contiene además, un extracto del contrato.

D E C I M A T E R C E R A.- La póliza contiene, el nombre, domicilio y capital social de la afianzadora, el nombre y domicilio del afianzado, la obligación que se garantiza, el valor de la fianza, el precio de la prima, el nombre del beneficiario y tiempo de vigencia.

D E C I M A C U A R T A.- Para constituir una fianza, sólo podrá hacerse mediante una contragarantía, por lo regular prendaria, que es el medio para cubrirse o protegerse la afianzadora.

D E C I M A Q U I N T A.- La fianza mercantil sólo podrá realizarla una institución creada para este fin; que por disposición expresa de la Ley debe ser una Sociedad Anónima con la concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

D E C I M A S E X T A.- La fianza mercantil se regula por una Ley especial; la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual concede facultades sobre ésta a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público y a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, teniendo también la atribución de legislar y emitir reglamentos en esta materia.

D E C I M A S E P T I M A.- El contrato de fianza tiene una gran importancia para el desarrollo de ciertos actos jurídicos, que sin ella no nacerían, es por ello que debemos cuidarle y adecuarlo a la realidad que se vive.

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

1.- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO.

"Segundo Curso de Derecho Civil"

Ed. Porrúa, México 1980. 145 pp.

2.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL.

"Obligaciones Civiles"

3a. ed., Ed. Harla, México 1989, 621 pp.

3.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO.

"Lineamientos Elementales de Derecho Penal"

17a. ed., Ed. Porrúa, México 1982, 339 pp.

4.- DIAZ BRAVO, ARTURO.

"Contratos Mercantiles"

3a, ed., Ed. Harla, México, 301 pp.

5.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.

Instituto de Ciencias Jurídicas,

U.N.A.M. México.

6.- DIEGO F., CLEMENTE DE.

"La Jurisprudencia como Fuente de Derecho".

Madrid, España, 1925.

7.-GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- et. al.

"Código Civil Comentado"

T. IV, 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
U.N.A.M. México.

8.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.

"Introducción al Estudio del Derecho"

33a. ed., Ed. Porrúa, México 1982. 443 pp.

9.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.

"Derecho de las Obligaciones"

5a. ed., Ed. Cajica, Puebla México 1980, 946 pp.

10.- LICONA VITE, CECILIA.- et. al.

"Código Civil Comentado", T. V.

Instituto de Ciencias Jurídicas,
U.N.A.M., México 1988.

11.- MANTILLA MOLINA, ROBERTO.

"Derecho Mercantil"

21a. ed., Ed. Porrúa, México 1981. 486 pp.

12.- MARQUEZ GONZALEZ, JOSE A.- et. al.

"Código Civil Comentado" T. IV, 1.

Instituto de Investigaciones Jurídicas,
U.N.A.M. México, 1987.

13.- OLVERA DE LUNA, OMAR.

"Contratos Mercantiles"

2a. ed., Ed. Porrúa, México 1987, 381 pp.

14.- OSSORIO, MANUEL.

"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"

Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1978.

15.- PINA VARA, RAFAEL DE.

"Derecho Mercantil Mexicano"

10a. ed., Ed. Porrúa, México 1989. 717 pp.

16.- PUENTE Y FLORES, ARTURO.

"Derecho Mercantil"

20a. ed., Ed. Banca y Comercio,

México 1989, 430 pp.

17.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

"Compendio de Derecho Civil"

T. IV., 15a. ed., Ed. Porrúa, México 1983, 508 pp.

18.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

"Derecho Civil Mexicano".

5a. ed., Ed. Porrúa, México 1986.

19.- SOTO ALVAREZ, CLEMENTE.

"Introducción al estudio del Derecho y Nociones de Derecho

Civil", Curso Gráfico, 2a. ed., 4a. reimp., Ed. Limusa,

México 1984, 227 pp.

20. VALLADO BERRON, FAUSTO.

"Introducción al Estudio del Derecho"

Ed. Herrero, México 1961.

LEGISLACION CONSULTADA:

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
2. LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.
3. CODIGO DE COMERCIO.
4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
5. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.
6. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.
7. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.