

117
29:



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ARAGON"

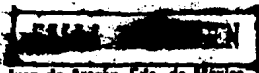
LA FIANZA DE EMPRESA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

Domingo

GERARDO FLORES BREÑAS



San Juan de Aragón, Edo. de México

1994

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Con agradecimiento infinito
a mi madre, la mujer que
abrazó mi empresa como propia,
dejando en cada día parte de su ser.

"La cosas no han sido fáciles
para los dos, pero tu inmenso amor
y fortaleza estuvieron siempre ahí
allanando mi camino,
devolviéndome la luz,
cuando alguna sombra
una vez la empañó".

In Memoriam
a mis abuelos Natalia y Cornelio
cuyo ejemplo de amor y fe,
llevaré siempre en mi memoria.
Gracias.

A mis queridos tíos,
Jesús y Epitacio Brañas Saucedo,
con eterno agradecimiento
por el apoyo brindado
en todos estos años.

A mis primos: Juan José Luís,
Martín y Ricardo Breñas
Sánchez, por haber llenado
con su compañía mis años
de mocedad y compartir mis
ideales, gracias hermanos.

A mi Asesor de Tesis.
Lic. José Mariano García Lona,
amigo entrañable en los
azares de la vida y tolerante
maestro, en los incipientes años
de ejercicio profesional,
con mi cariño y respeto.

A la Lic. Carmen Laura López Almaraz,
ejemplo de trabajo y
transparencia profesional,
con mi agradecimiento infinito
por las oportunidades brindadas,
por siempre, gracias.

A mi amiga y compañera,
Lic. Norma Alicia Garrido Alvarez,
por su irrestricto apoyo para la
realización de este trabajo.
Gracias por tu comprensión
y paciencia.

A mi querida Universidad Nacional
Autónoma de México,
por haberme brindado la oportunidad
de enriquecer mi mente y mi espíritu
hasta lograr esta meta. Gracias.

I N D I C E

	PAGINA
INTRODUCCION	I
CAPITULO PRIMERO	1
1.1. GENESIS ETIMOLOGICA DEL VOCABLO FIANZA	2
1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO DE FIANZA	3
1.2.1 EN GRECIA	3
1.2.2 EN ROMA	7
1.2.3 EN ESPAÑA	17
1.2.4 EN MEXICO	19
1.3. ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO SOBRE LA FIANZA DE EMPRESA	30
CAPITULO SEGUNDO. LA FIANZA EN NUESTROS ORDENAMIENTOS VIGENTES.	32
2.1. LA FIANZA CIVIL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	33
2.2. LA FIANZA DE EMPRESA EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS	42
2.3. DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE EMPRESA	52

CAPITULO TERCERO. LAS GARANTIAS DE LA OBLIGACION FIADORA EN LA FIANZA DE EMPRESA	58
3.1. OTORGAMIENTO DE FIANZAS SIN GARANTIA SUFICIENTE NI COMPROBABLE DE LA OBLIGACION FIADORA	59
3.2. OTORGAMIENTO DE FIANZAS CON NECESARIA GARANTIA DE LA OBLIGACION FIADORA	61
3.2.1 PRENDA	63
3.2.2 HIPOTECA	68
3.2.3 FIDEICOMISO	73
3.2.4 OBLIGACION SOLIDARIA	80
3.2.5 CONTRAFIANZA	84
3.2.6 REAFIANZAMIENTO	87
3.2.7 COAFIANZAMIENTO	89
3.2.8 REASEGURO	90
CAPITULO CUARTO	96
4.1. PROCEDIMIENTO OPERATIVO DE LA FIANZA DE EMPRESA	97
4.2. EL PAGO DE LA PRIMA Y EL PAGO DE LAS RECLAMACIONES	99
4.3. EXTINCION DE LA FIANZA	100
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUCCION

La orientación que rige los últimos cambios en materia económica en el mundo, se encaminan a proponer una liberalidad cada vez más acentuada, en cuanto a relaciones comerciales se refiere, desapareciendo prácticas, esquemas y estructuras proteccionistas, que impedían la consecución de este fin.

Nuestro país, atento a estas modernas tendencias ha iniciado una serie de reformas substanciales en su marco jurídico, esperando con ello crear un panorama más acorde con las nuevas exigencias internacionales.

Es ante estas actuales y complejas tendencias, cuyo desarrollo requiere de esquemas jurídicos confiables y ágiles, que no sin sorpresa podemos percatarnos que existen antiquísimas figuras legales cuyo contenido siempre vigente ha trascendido el tiempo y el espacio, y que reúnen las características para ser auténticos instrumentos de equilibrio y seguridad en las relaciones jurídico económicas. Como en esencia, lo es el caso de la fianza.

Dentro de este género tenemos lo que a juicio nuestro, constituye "La Fianza más avanzada" por sus características de seguridad y solvencia para quien hace uso de ella, y que -

es la llamada "Fianza de Empresa" o fianza corporativa, es de cir aquella que prestan compañías especializadas para ello vigiladas en su funcionamiento por el Gobierno Federal y cuyo análisis será materia del presente trabajo.

Se analizará el desarrollo histórico de la Fianza en las principales sociedades y Órdenes jurídicos de la antigüedad, como lo son Grecia y Roma hasta incidir en la concepción que de tal figura hace nuestra Legislación vigente.

En el marco conceptual y práctico se delimitará la fianza civil de la fianza de empresa, explicando porque ésta última proporciona un mayor margen de confiabilidad en su práctica.

Finalmente concluiremos dando pauta para una aplicación más generalizada de esta figura, explicando las características que rigen su naturaleza jurídica.

CAPITULO PRIMERO

- 1.1 GENESIS ETIMOLOGICA DEL VOCABLO FIANZA.
- 1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO DE FIANZA:
 - 1.2.1 En Grecia
 - 1.2.2 En Roma
 - 1.2.3 En España
 - 1.2.4 En México
- 1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO SOBRE LA FIANZA DE EMPRESA.

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1 GENESIS ETIMOLOGICA DEL VOCABLO FIANZA

La palabra fianza proviene de la expresión latina *fidelussio* que a su vez, es un término compuesto por dos vocablos latinos que son: *fides-ai* que significa fé, confianza o lealtad y del verbo *jubeo-es-ere-iussi-iussum* que quiere decir mandar, ratificar o dar; de lo que podemos concluir que fianza o --*fidelussio* es una institución jurídica mediante la cual un *fi* *deiussor* otorga, da o deposita la confianza a alguien, de algo. En sí la palabra fianza es una evolución morfológico-fonética del derivado vulgar *fidantía* que evoluciona durante la edad media al término actual. Dicho derivado vulgar comenzó a usarse en España a principios de este milenio y tiene como fundamento original la misma palabra antes citada *fides-ai* que significa confianza o fé.¹⁾

1) Diccionario etimológico Jesús Corominas. Editorial Gredos, Madrid, 1961.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO DE FIANZA

1.2.1 EN GRECIA

Dentro de la grandiosidad de la cultura griega de la antigüedad, destacan, sin lugar a dudas, sus dos máximos filósofos que son Platón, nacido en Atenas el año 427, y que murió en plenitud de su vida intelectual, en 347 y Aristóteles que nació en Estagira, en la península Calcídica, el año 384 antes de J.C. y murió en la Isla Eubea el año 322. La obra platónica es, con la aristotélica lo capital de la filosofía y de toda la cultura griega. Además, su valor literario es tal vez el más alto de todo el mundo helénico, puesto que, como escritores, encuentran las expresiones y las metáforas justas para verter un nuevo modo de pensamiento.²⁾ Platón escogió como género literario, para expresar su pensamiento, el diálogo que como método, tiene una relación profunda con su doctrina de la dialéctica, además de la sobrecogedora belleza poética. El personaje principal es siempre Sócrates, que lleva el peso de la discusión y la luz de la verdad. Ahora bien, en esa remota época de la humanidad, encontramos que ya se hace referencia a la fianza en uno de los Diálogos de Platón, titulado Carmides o de la Templanza, en el que aparece Sócrates dialogando con Critias acerca de la sabiduría en la palestra de --

2) Marías Julián, *Historia de la Filosofía*, Madrid, Revista de Occidente, 1974. Pág. 42.

Taureas, frente al templo del pórtico real, y que textualmente dice:

"Sócrates. Luego, al parecer, puesto que obra algunas veces útilmente, obra sabiamente, es sabio; y sin embargo, él no se conoce, no sabe que es sabio.

Critias. Pero no, Sócrates, eso no es posible. Si crees que mis palabras conducen necesariamente, a esta consecuencia, prefiero retirarlas, quiero más confesar sin rubor que me he expresado inexactamente, que conceder que se puede ser sabio - sin conocerse a sí mismo. No estoy distante de definir la sabiduría el conocimiento de sí mismo, y de hecho soy de la opinión del que colocó en el templo de Delfos una inscripción de este género. Esta inscripción es, a mi parecer, el saludo -- que el Dios dirige a los que entran en lugar de la fórmula ordinaria: ¡Sed dichoso!; creyendo al parecer que este saludo - no es conveniente, y que a los hombres deben desearse no la - felicidad sino la sabiduría. He aquí en que términos diferentes de los nuestros habla el Dios a los que entran en su templo, y yo comprendo bien el pensamiento del autor de la inscripción.

SED SABIO, dice a todo el que llega: lenguaje un poco -- enigmático, como el de un adivino. CONOCETE A TI MISMO Y SE SABIO es la misma cosa, por lo menos así lo pensamos la inscripción y yo. Pero puede verse en esto una diferencia, y es el caso de los que han gravado inscripciones más recientes: - NADA EN DEMASIA: "DATE EN FIANZA Y NO ESTAS LEJOS DE TU RUINA".

Han tomado la sentencia: CONOCETE A TI MISMO, por un consejo, y no por el saludo del Dios a los que entran. Y queriendo hacer ver que también ellos eran capaces de dar útiles consejos, han gravado estas máximas sobre los muros del edificio. He aquí, Sócrates a donde tiende este discurso. Todo lo que precede te lo abandono. Quizá la razón está de tu parte, quizá de la mía. En todo caso, nada de sólido hemos dicho. Pero ahora, estoy resuelto a sostenerme con razones, si no me concedes que la Sabiduría consiste en conocerse a sí mismo".³⁾

Del anterior pasaje del coloquio que sostienen Critias y Sócrates acerca de la sabiduría, vemos claramente la alusión que se hace de la fianza, cuando, a manera de axioma, se inscribe en el templo de Delfos, como consejo a la posteridad, y principio de observancia de la comunidad ateniense. Dicho principio: "DATE EN FIANZA Y NO ESTAS LEJOS DE TU RUINA", aun que los griegos le dieron un sentido más ético que jurídico, nuestra ley lo observa dogmáticamente y eso es lo que se pretende demostrar en este trabajo, es decir, las garantías que sobre la obligación fiadora exigen las compañías afianzadoras para estar a salvo de la ruina.

Dentro de la época de oro de la filosofía griega encontramos a su máximo exponente que es Aristóteles, genuino pensador helénico, discípulo de Platón; a Aristóteles le intere-

3) *Platón Diálogos*, décima quinta edición, Edit. Porrúa, S.A. México, D. F., 1975, Pág. 85.

sa tanto el dominio teórico como el dominio práctico de la actividad humana. Y con su incomparable sentido analítico además, no puede mezclar, como tantos pensadores modernos, lo -- uno con lo otro, al llevar su reflexión a este o aquel campo del pensamiento.

Aristóteles hace referencia, aunque de manera superficial, a la actividad fiadora, en su *Ética Nicomaquea*, una de las más grandes obras que haya producido el espíritu humano, y que deja sentir su bienhechora influencia, lo mismo en la juventud, que en la edad madura, como quiera que la formación moral no termina sino con la muerte. La referencia que hace Aristóteles la encontramos en el Libro V "*De la Justicia*", de su *Ética Nicomaquea*, en el que hace un estudio exhaustivo -- acerca de la justicia. "El estudio más profundo entre los -- que versan sobre las virtudes en particular, está consagrado a la justicia. La cual concebida en sentido lato, aparece como la reunión de todas las virtudes con referencia a la conducta del individuo con sus semejantes, en interés del bienestar de éstos; en sentido estricto, es la aplicación y realización del principio de la igualdad como fundamento y cohesión armónica de la comunidad".⁴⁾

Aristóteles, al referirse a la moneda como medida de valor de las cosas nos dice: "Para los cambios futuros, si de -

4) *Aristóteles* por Hermann Siebeck, Trad. Luis Recaséns S., - Revista de Occidente, Madrid 1930. Pág. 154.

momento no se tiene necesidad de nada, la moneda está a nuestra disposición como un FIADOR que nos asegura que tendremos la cosa cuando de ella necesitamos, pues debe ser posible que -- quien aporta dinero pueda tomar algo en cambio. La moneda, -- por su parte, está sujeta también a variaciones, no pudiendo valer lo mismo. Con todo, tiende a ser más estable que las cosas que mide, por lo cual es menester que todas las cosas -- reciban su precio, pues así habrá siempre cambio, y habiéndolo, habrá asociación. Es, pues, la moneda como una medida -- que iguala todas las cosas, haciéndolas commensurables".⁵⁾

1.2.2 EN ROMA

La gran cultura romana de la antigüedad se significa por haber legado al mundo su sapiencia jurídica. Sus instituciones, su sistema legal, ejercen una influencia decisiva en la evolución de la humanidad que aún perdura en nuestros días. -- "Las concepciones políticas de Grecia y Roma se corresponden y complementan mutuamente; si en una parte se acusa la inconsistencia y la debilidad, en la otra aparecen el vigor y la fortaleza. Enfrente de los ideales griegos sobre la libertad y la democracia, Roma aporta, sobre todo, los imperativos de la Ley, el orden y la unidad. Para establecer el reinado del -- orden y la unidad, para imponer la paz y el derecho universal,

5) *Aristóteles Ética Nicomaquea*, versión de A. Gómez Robledo, Colección "Nuestros Clásicos" U.N.A.M., 1961, Pág. 120.

Roma se ve obligada a llevar a cabo la destrucción de la concepción griega de la libertad y la democracia, construyendo, en cambio, un estado centralizado y poderoso en grado sumo. - El contenido del derecho romano se amplía, cuando los emperadores conceden a los juristas la facultad de contestar a las consultas que se les formulaban sobre puntos controvertidos, desde todas las partes del imperio, respuestas que adquieren, por último, plena fuerza legal. De entre la enorme complejidad de las ideas jurídicas, los juristas extraen principios - generales aplicables a todo el imperio.

Esta tarea exige un estudio acabado de la naturaleza de los derechos y de la concepción de la justicia. Al cumplir - este trabajo, los juristas constituyen, de una manera lógica y sistemática, un sistema científico de jurisprudencia, representado, en su forma más espléndida, por la recopilación de - Justiniano allá por el año 527".⁶⁾

"Después de la codificación de las leyes, Justiniano en 530 encargó a Triboniano, cuestor del Palacio, redactar una - colección compuesta de extractos de los escritos de los juristas consultos que hubiesen obtenido la concesión del *JUS RESPON--* DENDI.

Triboniano se hizo asistir para esto de una comisión de

6) Raymond G. Gettell, *Historia de las Ideas Políticas*, parte I, editora Nacional, México 1976. Págs. 133 y 143.

dieciseis miembros. Era un trabajo inmenso: había que examinar más de diez mil compendios, que comprendían más de tres millones de líneas. Pero fue tan grande el celo de la comisión que en tres años quedó terminada. Esta colección sólo contenía cincuenta mil líneas, tomadas de treinta y nueve juriconsultos. Fue publicada y declarada obligatoria en diciembre de 533. Esto es el Digesto o las Pandectas".⁷⁾

De esta grandiosa obra ordenada por Justiniano y dirigida por Triboniano, y con la cual muchos autores coinciden en que termina propiamente la historia del Derecho Romano, citaré algunas de las ideas más importantes que tuvieron los juriconsultos romanos acerca de la actividad fiadora:

- 1.- Ulpiano; Comentarios a Sabino, Libro XXXIX. "Omni obligationi Fideiussor accedere potest".

Por toda obligación se puede dar fiador.

- 2.- Pomponio; Comentarios a Sabino, Libro XXII. También se puede dar fiador por la obligación que resulta del comodato o del depósito, y se obliga aunque se haya depositado o dado en comodato al siervo o al pupilo; pero en esta forma: si por dolo malo o por culpa hicieron esto aquellos a quien se dió la fianza.

7) Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Trad. - de José Fernández G., Editora Nacional, México 1966. Pág. 60.

- 3.- El mismo; Comentarios a Sabino, Libro XLV. Se puede dar fiador por la acción que tengo de retener contra aquél -- por quien fié, o por la acción de mandato, o la que resulta de la gestión de negocios 1. Se obliga al fiador, y queda obligado su heredero, porque hace veces de deudor.
- 4.- El mismo; Comentarios a Sabino, Libro XLVII. Estipulé -- del deudor, y no se me dió fiador: después quiero que se me dé: si se diese, se obliga. 1) Importa poco que el fiador se obligue bajo de día o condición. 2) Se puede dar fiador tanto por la obligación anterior como por la futura, con tal que haya alguna obligación, aunque sea natural futura".⁸⁾
- 5.- "Ulpiano; Comentarios a Sabino, Libro XLVII. En griego se da fiador en esta forma; Mando, a fe mía, digo, quiero, deseo; pero si dijese afirmo, es lo mismo que si dijese -- digo. 1) A más de esto se ha de saber, que se puede dar fiador por toda obligación, ya sea que resulte del mismo contrato, o consista en palabras o consentimiento. 2) Por la obligación que resulte de derecho pretorio también se puede dar fiador. 3) Después de la contestación del pleito también se puede dar fiador; porque subsiste la obligación civil y natural, como así mismo dice Juliano y se -- practica; se pregunta si al fiador le competirá excepción

8) *EL DIGESTO del emperador JUSTINIANO* Tomo III, Libro XLVI, Título I, Madrid 1874, Págs. 501, 502.

después que se pronuncia sentencia contra el deudor; porque por derecho no se libra de la obligación: ciertamente si no se libra respecto a la cosa litigiosa, sino para el seguimiento del pelito, se ha de decir con razón que puede usar de excepción; pero si se recibió respecto la causa, no compete excepción. 4) Si diese fiador el que fue nombrado tutor en el testamento, se obliga. 5) Si la acción resulta de delito, tenemos por más cierto que se -- obliga al fiador. 6) No se duda que generalmente se puede dar fiador por todas las obligaciones. 7) Es regla general en todos los que se obligan por otros, que si se -- obligasen más gravosamente, absolutamente no se obligan. Pero se pueden obligar con obligación menos gravosa; por lo que podrá dar fiador por menor cantidad. También si - el deudor lo es sin condición, puede dar fiador bajo de - día o condición, el fiador no se puede obligar sin condición alguna.

- 6.- También dice Juliano: si el que estipuló que se le habían de dar diez o un siervo, se le diese fiador en esta forma: un siervo o diez según yo quiera, no se obligará; porque su obligación se hace más gravosa. 10) Por el contrario si el que estipuló que se le habían de dar diez o un siervo según él quisiese, se podrá dar fiador en esta forma: Por diez o por un siervo según tu quieras porque de este modo dice que se hace mejor la condición del fiador. 12) No hay duda que se puede dar fiador por obligación del fiador.

- 7.- Pomponio; Comentarios a Sabino, Libro XXVI. Se pueden -- dar fiadores por parte de la cantidad o de la cosa.
- 8.- Paulo Comentarios al Edicto, Libro XVIII. Si estipulé bajo de condición imposible, no se puede dar fiador.
- 9.- Gayo; Comentarios al edicto provincial, Libro V. Cualquiera pueda ser fiador de otro, aunque lo ignore el que prometió.
- 10.- Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro XXIII. Si el fiador o cualquiera otro pagase por el deudor al acreedor antes del día en que se debía, deberá esperar a que llegue el día en que el deudor debió pagar.
- 11.- Paulo Comentarios a Plaucio, Libro XVII. Si alguno después de haber quedado libre por haberse pasado el tiempo, diese fiador, este no se obligará; porque es nula la fianza que se da por error.
- 12.- Modestino; Reglas, Libro II. Para que el fiador pida contra su compañero en la fianza, no se ha de dar acción; -- por lo cual, si dos fiadores de una misma cantidad la pagasen toda por haberle pedido el acreedor y no se le cediesen las acciones, el otro no podrá ser reconvenido ni por el acreedor, ni por el compañero en la fianza.
- 13.- El mismo; Reglas, Libro III. Cuando son dos los deudores y los dos o uno solo dió fiador, lo es por todo lo que se debe.

- 14.- Scevola; Digesto, Libro VI. El fiador del que vendió -- dos fundos, fue reconvenido por el comprador por la evicción de uno, y se pronunció sentencia contra él, condenándole en cierta cantidad: se preguntó si podía pedir -- contra el heredero del vendedor antes que se pronunciase sentencia contra él. Se respondió, que podía pero por -- cierta causa correspondía al oficio del Juez que al fiador se le defendiese, o se le diese por libre.
- 15.- Javoleno; Doctrina de las obras póstumas de Labeon, Libro X. Cuando la Ley prohíbe las ventas, da también por libres a los fiadores; porque por esta acción se repite contra el deudor.
- 16.- Scévola; Cuestiones, Libro XVIII. El fiador no puede -- ser reconvenido antes que deba el deudor.
- 17.- Scévola; Respuestas, Libro V. Si el fiador denunciase -- el acreedor para que apremiase al deudor a que pagase lo que debía, o vendiese la prenda, y éste no lo hiciese, -- ¿acaso el fiador le podrá oponer la excepción de dolo ma lo? Respondí, que no".⁹⁾

De las anteriores ideas que crearon los romanos en relación con esta garantía personal llamada fianza, podemos decir que muchas de ellas se encuentran plasmadas en nuestro dere--

9) Justiniano, Ob. Cít., Tomo III, Libro XLVI. Págs. 503 a - 513.

cho positivo, ya que su sapiencia trasciende al tiempo y al espacio y nuestro régimen la concibe en su especial tradición histórica latina.

Podríamos resumir lo relativo a la fianza en Roma diciendo que bajo el género de adpromissores (adpromissor es el que se compromete accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia del deudor), se comprendían tres especies: los sponsors, los fidepromissores y los fideiussores. "El sponsor es siempre un ciudadano romano. Se obliga por la fórmula: Idem dare spondes Spondeo. El fidepromissor puede ser ciudadano o extranjero.- Se compromete por la fórmula: Idem Fidepromittis Fidepromitto. En todo caso, esta estipulación accesoria se realiza por una interrogación y una respuesta, perfectamente distintas y separadas del contrato principal. Los sponsors y los fidepromissores estaban regidos por los mismos principios. Unos y -- otros no podían servir de garantía sino a las obligaciones nacidas verbis. Son personalmente deudores, pero deudores accesorios, mandatarios del deudor principal. Frente a los sponsors y fidepromissores sometidos a principios rigurosos, hallamos, en el siglo VII, una tercera clase de adpromissores: los fideiussores, que se obligan por la fórmula fidejubes? fidejubeo. Sea como quiera, después de haber existido durante siglos con la sponsio y la fidepromissio, quedó la única forma de fianza realizada por estipulación.

El fiador puede ser ciudadano o extranjero. Todos los -

progresos admitidos para la estipulación en general se aplican además al compromiso de los fiadores, y se fue aún más lejos: el fiador que ha escrito o dejado escribir en su presencia que ha prometido, acaba por ser considerado como regularmente obligado.

La fideiussio es el contrato por el cual una persona se obliga accesoriamente a garantizar una obligación ajena con la propia personalidad. De ahí dos consecuencias:

1.- Se une siempre a una obligación principal: el empleo de la fianza no está limitado a las obligaciones contra das verbis; puede sobrevenir en una obligación cualquiera, ci vil o pretoriana o una obligación natural. El fiador no podía obligarse por otra cosa distinta de la obligación del afianzado, ni en condiciones más onerosas, aunque sí era correcto que el fiador se obligara por menos de la obligación garantizada.

2.- Debe tener el mismo objeto que la obligación princi pal, pues en otras condiciones su compromiso no era válido. - Así no puede prometer pura y simplemente, cuando la deuda prin cipal es a término, ni prometer diez, cuando el deudor prin ci pal debe cinco. Por último, el fiador puede válidamente prometer menos que el deudor principal; se considera entonces como si no hubiera prestado caución más que a una parte de la deuda. El acreedor puede exigir el pago de la deuda int egra a aquel de los coobligados como fiadores que le parezca ele gir. No está obligado a dirigirse primeramente al deudor prin

principal: porque los fiadores no han prometido para el caso en que este deudor no ejecutase su obligación; se han comprometido sin restricción. El acreedor tiene, pues, el derecho de reclamar el pago a uno de los fiadores. Si paga, como no hay más que una cosa debida por todos, los demás quedan libres. Estas irregularidades fueron posteriormente corregidas, primero con el beneficio de la división y luego con el de orden o excusión. Justiniano en 531 estableció que la persecución dirigida contra uno de los coobligados no liberaba a los demás, y en 539, por la Novela 4, cl. 1, decidió que el acreedor debía obrar primero contra el deudor principal, y no atacar a los fiadores sino cuando no hubiera podido obtener satisfacción. El fiador, accionado primero por el acreedor, podía, pues, negarse a pagar en tanto que el deudor no hubiera sido perseguido, y que su insolvencia no hubiera sido comprobada por la venta de sus bienes.

Como la obligación del fiador es una obligación accesoria es susceptible de extinguirse por vía de consecuencia o directamente. Por vía de consecuencia se extingue al mismo tiempo que la obligación principal, pues no se comprende ya la garantía de una obligación que ha dejado de existir. Puede también extinguirse por cualquiera de los modos de extinción de las obligaciones".¹⁰⁾

10) Eugene Petit, *Ob. Cit.*, Págs. 356 a 365.

1.2.3 EN ESPAÑA

El genio impecable de la cultura jurídica romana quedó indeleble en la mayor parte de las legislaciones europeas, y España no pudo ser la excepción. "Cuando después de unificar Italia, Roma inició la expansión marítima que la enfrentó a los cartagineses, los macedonios y los griegos, en poco más de un siglo, logró la supremacía en el mundo mediterráneo, cuyas riberas dominó, desde España hasta las márgenes del Egeo. Este nuevo período de expansión romana se inició con una tremenda lucha entre Roma y Cártago, conocida con el nombre de guerras púnicas. En 202 a. C. Publio Cornelio Escipión derrotó en Africa al ejército Cartaginés y Cartago debió aceptar severas condiciones de paz, entre las cuales está la renuncia a sus territorios en España a favor de Roma".¹¹⁾ El derecho romano que llegó a ser de aplicación general en la península Ibérica, dejó una marcada huella que habría de influir la posterior obra legislativa hispana, como el Código de Eurico, -- los Códigos de Leovigildo y de Alarico, el Fuero Juzgo, etc.. Sin embargo, para la materia propia de este trabajo tenemos: "el Fuero Viejo de Castilla, en el que se habla de fiadores de saneamiento que debían intervenir en las ventas de heredas hechas por los hijos dalgos. En el fuero Real, Título -- XVIII del libro III, se regula ampliamente todo lo relativo a

11) *Compendio de Historia Universal la Antigüedad y la Edad Media* Oscar Secco Ellauri. Ed. Kapeluz Pág. 199.

fiadores.

También las Partidas de Alfonso el Sabio reglamentan la fianza pues, en efecto, las principales disposiciones se encuentran en las leyes del Título XII de la partida V y en el libro X, Título XI, leyes VII y VIII de la Novísima Recopilación. Se siguió considerando la fianza como contrato accesorio y susceptible de garantizar obligaciones naturales, pues aún en estos casos, el fiador estaba obligado a cumplir. Tampoco la fianza pudo exceder al monto de la obligación principal, ni obligarse por ella a pagar cosa distinta de la debida por el deudor. Las Partidas volvieron a admitir que los fiadores pudieran afianzar la deuda sólo en parte.

En cuanto a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, se estableció que bastaba la simple manifestación del consentimiento hecha en forma indubitable, para que tuviera validez; abandonándose, en consecuencia, los viejos formalismos del derecho romano. Además, se siguieron transmitiendo a través de la fianza, los derechos y obligaciones derivados de la misma a los herederos. Los beneficios establecidos para los fiadores fueron los de división, excusión y cesión de acciones. Y los modos señalados por las partidas para la extinción de la fianza fueron el directo, que la extinguía como obligación en sí misma, y el indirecto o por vía de consecuencia. El Código Civil español de 1888, a pesar de que siguió los lineamientos tradicionales, introdujo, no obstante, algunas innovaciones, de ellas merecen citarse las que

establecen que la fianza puede ser: convencional, judicial y legal. Se exigió en este Código que la obligación principal existiera válidamente, por lo mismo no podían afianzarse las que sólo fueran naturales. Tampoco se requería el cumplimiento de formalidades especiales, bastaba el simple consentimiento de las partes manifestado en forma expresa".¹²⁾

1.2.4 EN MEXICO

Es innegable que entre los pueblos que vivieron en el territorio nacional hasta antes de la conquista, haya habido un derecho consuetudinario; existía en ellos un conjunto de prácticas que regulaban las relaciones llamadas civiles y fijaban ciertas penas para hechos considerados delictuosos, además de ciertas normas que observaban en la práctica del comercio. Pero pensar que podemos encontrar un antecedente directo de la fianza que regulan nuestros vigentes ordenamientos es demasiado aventurado, ya que: "no existe continuidad ideológica entre los preceptos que normaban las relaciones jurídicas de los antiguos pobladores de México y el derecho contemporáneo de este país".¹³⁾

12) Cervantes Altamirano Efrén, *Fianza de Empresa, México 1950*. Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario U.N.A.M., Págs. 9 a 12.

13) Mendieta y Núñez Lucio, *El Derecho Precolonial, 1937*, Pág. 12.

Además, surge otra cuestión embarazosa para el estudio de fianza en el México precortesiano, ya que el estado mexica no estuvo ocupado por numerosas tribus indígenas, nómadas y salvajes unas, sedentarias otras, pero con fronteras imprecisas. De estas últimas las más fuertes y civilizadas, a la -- llegada de los españoles, son las que formaron los grupos de México, Texcoco y Tacuba; además, en el sureste se encontraba el pueblo maya. Ello nos da una idea de que en esa época no podía existir una legislación uniforme, ya que ni siquiera -- existía una hegemonía política.

Las principales fuentes de información se refieren a los aztecas, pueblo nahoa que partió de Axtlán, probablemente en el año 50 D.C., y luego de haber sido sojuzgados por otras -- tribus a lo largo de su peregrinar, lograron su independencia fundando la ciudad de Tenochtitlán, hoy México, donde progresaron hasta la llegada de Hernán Cortés que los vence y los -- somete. "La total ocupación de la ciudad y conquista del imperio mexicano fue el día 13 de agosto de 1521, a los 196 años de fundada por los aztecas. El sitio de aquella capital, comparable en los estragos y lástimas con el de Jerusalén, por -- las armas de los romanos, duró 75 días, tiempo en el cual murieron miles de mexicanos. La ciudad quedó casi enteramente arruinada. El rey de México, Cuauhtémotzin, a pesar de las -- grandiosas promesas del general español, fue, pocos días después, puesto ignominiosamente en tortura, la cual sufrió con admirable constancia, y al cabo de tres años fue ahorcado jun

to con los reyes de Acolhuacan y de Tlacopan. Los mexicanos con todas las demás naciones que ayudaron a su ruina, quedaron a pesar de las cristianas y prudentes leyes de los Monarcas católicos, abandonados a la miseria, la opresión y al desprecio, no solamente de los españoles sino aún de los más vi- les esclavos africanos, vengando Dios en la miserable posteridad de aquellas naciones la crueldad, la injusticia y la superstición de sus mayores. Funesto ejemplo de Justicia Divina y de la inestabilidad de los reinos de la tierra".¹⁴⁾ Podemos concluir que hace falta una verdadera investigación histórica sobre la organización judicial de los pueblos hispánicos que habitaron nuestro territorio, que conduzca al conocimiento auténtico de sus instituciones jurídicas, rectificando posibles errores, en que hubieran podido incurrir los historiadores y deben basarse en interpretaciones de códigos y de usos sociales ya desaparecidos, no exentas muchas veces del influjo de factores sentimentales es decir, de simpatía o antipatía hacia alguno de los elementos étnicos: el español o el indígena que integran nuestra nacionalidad, ya que: "Alrededor de este punto se han suscitado encarnizadas discusiones originadas principalmente por la obscuridad y confusión que sobre esta materia se observa en las crónicas y demás fuentes primordiales de nuestra historia antigua; este embrollo y es-

14) Clavijero, Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, Tomo III, Edit. Porrúa, México 1958. Pág. 292.

ta deficiencia que se notan en las obras de los primeros historiadores son debidos, según asienta Alfredo Chavero en su - Historia Antigua y de la Conquista, a dos causas: es la primera, dice, que los cronistas inmediatos a la conquista no comprendieron ni podían comprender una organización tan especial y distinta de la por ellos conocida en su patria y natural -- fue que explicaran confusamente lo que mal entendían; la segunda, que como habia diferencias radicales entre las costumbres que en estos asuntos seguían los diferentes señoríos, -- por generalizar los confundieron, de donde tomaron origen las obscuridades y contradicciones".¹⁵⁾ Coincidimos con Mendieta y Nuñez al afirmar que: "Como cuerpo de leyes, la historia -- del derecho patrio empieza con la primera cédula real dictada para el gobierno de las Indias".¹⁶⁾

Podemos decir que en la Nueva España estuvo vigente en -- primer término, la legislación hecha exclusivamente para las colonias de América, dentro de la que ocupan un lugar principal las Leyes de Indias, síntesis del derecho hispánico y las costumbres jurídicas aborígenes, así como las Leyes de Castilla; hasta que en 1681 el rey Carlos II, unificó todas las -- disposiciones que bajo distintas formas se dictaron para los dominios en América con el nombre de Recopilación de Leyes de

15) Manuel M. Moreno, *La Organización Política y Social de -- Los Aztecas*, Biblioteca Pedagógica de Perfeccionamiento Profesional, S.E.P., Pág. 11.

16) Mendieta y Nuñez, *Ob. Cit.*, Pág. 25.

Indias, en donde ya se hace referencia a la fianza.

Sin embargo, con los movimientos de Independencia primero y de Reforma después, se intentó abandonar todo lo español porque se consideró rezagado respecto de las nuevas corrientes de la cultura europea, tan rápida y audazmente superadas en la otra América, la del norte. Rodaron los tiempos e insensiblemente la grandeza aparente de los virreinos españoles en América quedó reducida a impotencia frente al nuevo gigante histórico que sin pompa de títulos y mayorazgos se había gestionado en el norte. Y fue en esa hora de la verdad cuando lució en toda su crudeza, no digamos el error, pero sí la desviación que trajo consigo la vía imitativa adoptada por España frente a la posibilidad que le había brindado la invención de América. Esto, dicho así en nuestros propios términos, fue lo que oscuramente sintieron como una profunda decepción histórica los hombres que se echaron encima la tarea de fundar las naciones que han aparecido en medio de las ruinas y cenizas coloniales. Empezaron por llamarse a sí mismos "americanos", designación que acusa el anhelo de definirse frente a los españoles peninsulares, pero sobre todo de realizar el ser histórico que se les había escamoteado y muy naturalmente erigieron en modelo a los del norte. Impulsados por esa emulación intentaron borrar como una mala pesadilla el pasado colonial y de un salto audaz, imitaron las formas políticas angloamericanas como panacea que pondría inmediato remedio a todos los males heredados. Pero al mismo tiempo, -

el amor a las costumbres y la veneración a las creencias en - que habfan nacido y asimismo, el comprensible temor ante un - mundo extraño, poderoso y tradicionalmente hostil, los introdujo a adoptar soluciones inadecuadas y confusas que echaron a andar a las nacientes naciones en medio del desorden políti - co, de la ruina económica y frente a la tremenda tarea de li - quidar poderosos intereses tradicionales".¹⁷⁾

Por lo que, después de la guerra de Independencia, se in - tentó elaborar una legislación propia y adecuada a nuestro me - dio ya que el derecho colonial en materia civil, no resolvía las exigencias de la época. Con tal fin se nombraron diver - sas comisiones para alcanzar dicho objetivo, siendo hasta el año de: "1857 en el gobierno del presidente Benito Juárez, go - bierno emanado de la Constitución de ese mismo año, que se co - misionó al doctor Justo Sierra para que elaborara un proyecto de Código Civil que en 1860 sería concluido. El jurisconsulto Luis Méndez afirma que dicho proyecto se realizó tomando - como base principal el proyecto de García Goyena. Sometido - el proyecto Sierra sucesivamente a dos comisiones, fue aproba - do por éstas, por lo que, habiéndose promulgado el 8 de di - ciembre de 1870, entró en vigor el primero de mayo del año si - guiente.

17) O'Gorman, Edmundo, *América en Estudios de Historia de la Filosofía en México*, U.N.A.M., Págs. 106-107.

Es comunmente aceptado por varios autores contemporáneos mexicanos, entre otros, Antonio Aguilar Gutiérrez, Manuel Borja Soriano, Pablo Macedo, etc., el hecho de que las influencias recibidas y contenidas en el Código Civil de 1870, procedieron principalmente: del derecho romano de la legislación española de la época colonial del Código Civil austriaco, del de Portugal, Holanda y Cerdeña y, principalmente, del Código Civil Francés o Código Napoleónico y del proyecto del Código Civil de Florencio García Goyena de 1851, publicado en su obra: "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español", publicado en cuatro tomos, en 1852, en Madrid, España.

Es 1870, la fecha de publicación del primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorios lo que, según el jurista Agustín Verdugo, se debió principalmente a dos hechos. Por un lado, la aceptación casi unánime del Código Civil Francés por las naciones europeas y, por el otro, unificar las numerosas leyes españolas que continuaron rigiendo por mucho tiempo entre nosotros".¹⁸⁾ Todo lo relativo a fianzas es reglamentado por los artículos del 1813 al 1888 tema que ha sido objeto de los siguientes comentarios y observaciones hechos por el profesor Efrén Cervantes Altamirano quien, al definirla, em-

18) Perezniato Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1977, - Págs. 21, 22 y 25.

pieza con la solemne declaración de que: "es la obligación -- que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace; ello podría poner en tela de juicio el origen contractual de algunas fianzas. Sin embargo, este razonamiento es falso, pues al reglamentarla, lo hace en el Libro Tercero del mencionado Código, que es el de los contratos.

Por otra parte, si la fianza podía ser legal, judicial y convencional, además de gratuita y onerosa, encontramos mejor apoyada la afirmación hecha en líneas precedentes.

La capacidad exigida para ser fiador es la misma que se exige para contratar; y sólo la mujer, por principio, no puede obligarse como tal. Sin embargo, la ley señala una serie de excepciones. En efecto, para que la obligación del fiador pueda ser exigible, la del obligado principal debe ser civilmente válida, pues si es simplemente natural, no se tiene acción para reclamar contra el fiador.

El fiador no puede obligarse más allá de los límites de la deuda principal. Puede, no obstante, si lo desea, afianzar el débito, sólo en parte. Por primer vez el Código de 1870, admite en forma expresa que además de ser a título gratuito, la fianza pueda pactarse con retribución. No se exigieron formalidades para el perfeccionamiento del contrato; bastaba el simple consentimiento de las partes, manifestado en forma expresa, para que dicho contrato tuviera validez. Se siguieron transmitiendo los derechos y obligaciones derivados de la celebración de este contrato a los herederos, y el fia-

dor, al ser demandado por el pago de la obligación garantizada, podría oponerle al acreedor todas las excepciones inherentes a la deuda, pero, de ninguna manera, las personales del deudor. Este Código volvió a consagrar los beneficios del orden, excusión y división, que sólo podían prosperar, si el fiador no había renunciado a ellos, y si se prevalía de -- los mismos, al exigirsele el cumplimiento de la obligación garantizada. Se estableció la posibilidad de que los fiadores fueran solidarios, pudiendo, el que pagara, reclamar de los otros, la parte que en proporción a la deuda, les correspondía; cuando no había solidaridad, el fiador solamente tenía acción para reclamar al deudor principal por la parte que había pagado. Era necesario que cuando el fiador hiciera el pago lo notificara al deudor, con el objeto de que este último no le opusiera las excepciones que tuviera contra el acreedor. Los modos admitidos para extinguir la obligación de los fiadores fueron: el que extinguía directamente la fianza como obligación y el indirecto o por vía de consecuencia.

Por último, los artículos del 1885 al 1888 se ocupan de reglamentar las fianzas legales y judiciales, siendo lo más notable, que estos fiadores no pudieran pedir la excusión -- del deudor principal, y que, en los casos en que estuvieran obligados a dar fianza y no se les hallara, en vez de ésta, -- otorgaran prenda o hipoteca bastante para responder de su -- obligación.

Los vendavales políticos y las inquietudes sociales que

con tanta frecuencia ha tenido que sufrir nuestra patria, fueron la causa de que el Código de 1870 tuviera corta vigencia, pues en 1884 se promulgó uno nuevo que fue de escasos méritos, ya que sin alteraciones substanciales se inspiró fundamentalmente en su antecesor, no obstante en materia hereditaria se introdujo el sistema de libre testamentificación, en vez del forzoso, exigido por el anterior. En la parte relativa a -- fianzas, en forma casi idéntica, siguió reglamentando la institución, aunque debe estimarse que por virtud de la Ley de Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917, la mujer tuvo plena capacidad para celebrar toda clase de contratos y, entre ellos, el de fianza".¹⁹⁾

Más adelante, con el movimiento social que vivió nuestra Patria y que fue el primero que vió el mundo en el siglo XX, se trató de establecer un orden jurídico más humano y digno, menos egoísta y más social en el que el interés común predomine sobre el interés individual. "La fuente de nuestra actual Carta Magna es el movimiento social mexicano de las primeras décadas de este siglo, donde las armas victoriosas trataron de imponer un nuevo sistema de vida de acuerdo con la dignidad del hombre. Y de este movimiento social brotó nuestra -- Norma Fundamental, primera Constitución que al epíteto de política agregó el de social, y se proyectó a la humanidad".²⁰⁾

19) Cervantes Altamirano, Efrén, *Ob. Cit.*, Págs. 14, 15 y 16.

20) Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*. Coordinación de Humanidades, U.N.A.M. Pág. 17.

Es congruente que a la luz de estas nuevas ideas, se nombrara una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y que, en su exposición de motivos nos indica que: Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular. Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente... etc. Este propósito animó a la indicada Comisión Redactora que vió culminado su esfuerzo al promulgarse, el 30 de agosto de 1928, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que entró en vigor el 10. de octubre de 1932. Los comentarios que de este Código haremos en lo relativo a la fianza, los postergamos al Capítulo II de este trabajo.

También es conveniente hacer notar, aunque de manera somera que hacen referencia a la fianza, sin quitarle su proverbial latinidad y su carácter civilista, nuestros Códigos de Comercio de 1854 y 1884, mismos que le dan el carácter de fianza mercantil, ya porque garantiza una obligación mercantil, ya porque los que la celebran: fiador y acreedor, son comerciantes. Posteriormente, el Código de Comercio de 1889, que entró en vigor el primero de enero de 1890, no regula en ninguno de sus preceptos, lo relativo a la fianza.

1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO SOBRE LA FIANZA DE EMPRESA:

"En México aparecen los primeros antecedentes de la fianza corporativa o de empresa, con el Decreto del 3 de junio de 1895 que autoriza al Ejecutivo de la Unión para otorgar concesiones a compañías que se dediquen a practicar operaciones de caución para el manejo de funcionarios y empleados públicos. Este Decreto, fijó las bases sobre las cuales se celebrarían dichos contratos, pero por el mismo no se autorizó en esa fecha el funcionamiento de compañía alguna.

Pocos días después, y sobre las bases ya apuntadas, se celebró, el 19 de junio de 1895, un contrato-concesión entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Zan L. Tidball, para establecer en México la primera compañía de fianzas como sucursal de la América Surety Company of New York.

Más tarde, se expide la primera Ley sobre compañías de fianzas de 1910, promulgada el 24 de mayo del mismo año, y luego las treinta y dos bases orgánicas de la misma en que se establecieron una serie de exigencias, como el hecho de que la obligación de la fiadora se contrajera en documentos expedidos en forma de póliza.

Después se promulga la ley sobre compañías de fianzas, de 1925, en que se da una intervención más decisiva a la autoridad sobre la vigilancia y manejo de estas compañías, pero

con la aparición de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, publicada el 29 de noviembre del mismo año en virtud de que ésta dedicaba su capítulo noveno a las afianzadoras, la ley sobre compañías de fianzas de 1925 quedó derogada.

En la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, se mantuvieron vigentes las disposiciones relativas a fianzas y no fue sino hasta el año de 1940, en que las compañías ya habían tenido un excepcional desarrollo, cuando se intentó poner en vigor una nueva Ley con base en un proyecto que se había elaborado en ese año. Por objeciones presentadas por gente interesada en las cuestiones de las fianzas, la Secretaría de Hacienda detuvo su publicación.

El año de 1942 podemos considerarlo, por la Ley de Instituciones de Fianzas que entró en vigor ese año, como el excepcional punto de partida de la fianza de compañía en México o fianza de empresa, y esta Ley y sus sucesivas reformas de los años de 1946 y 1949 y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas expedida el 26 de diciembre de 1950 y publicada el 29 de diciembre del mismo año, y sus reformas posteriores, constituyen el marco jurídico dentro del cual se comprende a esta novedosa e interesante figura del derecho contemporáneo".²¹⁾

21) Cervantes Altamirano, Efrén, *Aspectos Jurídicos Fundamentales de la Fianza Empresarial*, Conferencia celebrada en el XXV aniversario de la Fundación del Doctorado en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Págs. 13 y 14.

CAPITULO SEGUNDO

LA FIANZA EN NUESTROS ORDENAMIENTOS VIGENTES

- 2.1 LA FIANZA CIVIL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
 - 2.2 LA FIANZA DE EMPRESA EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.**
 - 2.3 DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE EMPRESA.**
-

CAPITULO II

LA FIANZA EN NUESTROS ORDENAMIENTOS VIGENTES

2.1 LA FIANZA CIVIL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Nuestro Código Civil de 1928, en vigor a partir del 10. de octubre de 1932, que con sus posteriores reformas nos rige, se refiere a la fianza en su Título Décimo Tercero, de los artículos 2794 al 2855. A continuación analizaremos sus aspectos más importantes y haremos las observaciones pertinentes:

El artículo 2794 nos dice: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

Del anterior artículo es oportuno hacer las siguientes - observaciones: la categórica afirmación de que la fianza es - un contrato, sólo es aplicable a las fianzas convencionales - pues las legales y judiciales nacen a la vida jurídica por - fuentes bien distintas. La fianza legal nace por disposición de la Ley, como una carga para dar eficacia a ciertos derechos. La fianza judicial surge de providencia judicial, es - decir, sólo cuando un Juez la ordena, "pues es el Tribunal el que determina su cuantía y el que acepta al fiador que redna

los requisitos legales de solvencia, otorgándose el acta judicial de fianza, aún contra la voluntad del acreedor, lo que de muestra indiscutiblemente que dicha fianza se caracteriza como un acto jurídico unilateral, pues basta la manifestación del fiador otorgada ante el tribunal para que se generen las obligaciones inherentes a la garantía judicial".¹⁾

La fianza que surge de contrato es la convencional, pues debe su origen a la voluntad de las partes, en este caso fiador y acreedor.

Por otra parte, de este mismo artículo podemos desprender el carácter subsidiario de la fianza, pues el garante sólo tiene la obligación de pagar, si el acreedor no resulta satisfecho por el deudor principal.

El artículo 2795 nos dice: "La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso".

En este artículo se nos indica una división tripartita de las fianzas atendiendo al origen de la obligación de constituir las mismas. Dicho origen puede ser la convención de las partes, la voluntad del legislador o un decreto judicial. También se indica que la garantía puede ser gratuita u onerosa y en esto difiere de la fianza prestada por compañía, que por sus especiales características siempre es onerosa.

1) Rojas Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo - IV, Ed. Porrúa, México, 1985. Pág. 331.

El artículo 2796 nos dice: "La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga".

Del indicado artículo anterior podemos observar que es completamente irrelevante el consentimiento del deudor para dar nacimiento a la obligación del fiador, porque ésta, aún contra la voluntad de aquél puede surgir al constituirse la fianza. "También puede ser objeto de fianza la obligación nacida de la fianza misma, es decir, conforme el artículo 2796 ésta puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en favor del mismo fiador, ya sea que uno u otro, en sus respectivos casos, consientan en la garantía, ya sea que la ignoren, o que la contradigan". 2)

El artículo 2797 nos dice: "La fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado".

Este precepto acepta la validez de la fianza que recaída sobre una obligación anulable, en virtud de que la nulidad relativa sólo puede ser invocada por el deudor principal, que al oponerla y declararla el Juez, extingue por vía de consecuencia a la fianza.

2) *Rojilla Villegas, Rafael. Ob. Cit., Pág. 336.*

El Artículo 2798 nos dice: "Puede también prestarse 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 liquidada".

Aquí nos encontramos con que la exigibilidad de la obligación del fiador se encuentra condicionada al nacimiento de la obligación futura y al incumplimiento del deudor principal. Aquí también nos encontramos plasmadas las viejas ideas romanas de que se puede dar fiador por la obligación futura. ³⁾

El Artículo 2799 nos dice: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto".

Aquí aparece también otro viejo principio romano de que los fiadores no se pueden obligar más gravosamente que la obligación principal. ⁴⁾

El artículo 2800 nos dice: "Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado".

3) Justiniano, *Ob. Cit.*, Tomo III, Libro XLII, Págs. 501-502 Pomponio en sus comentarios a Sabino.

4) Justiniano, *Ob. Cit.*, Ulpiano; Comentarios a Sabino, Libro XLVII, Págs. 503-513.

De aquí se desprende la posibilidad de que se garanticen con fianza, obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer.

El Artículo 2802 se refiere a la capacidad que se requiere para ser fiador, que se rige por las normas generales: -- quienes pueden disponer de sus bienes pueden ser fiadores. El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación garantizada y sujeto a la jurisdicción del Juez -- del lugar donde la obligación deba cumplirse. Existen incapacidades o prohibiciones expresas, por ejemplo: los que ejercen la patria potestad no pueden dar fianza en representación de los hijos (Art. 436), ni los tutores, en nombre de sus pupilos (Art. 563). La mujer no puede ser fiadora de su marido ni obligarse solidariamente con él, en asuntos de exclusivo interés de dicho cónyuge, sin autorización judicial (Art. 175) etc.

La responsabilidad de los herederos del fiador se rige por el Artículo 1998 del Código Civil que analizaremos, y que dice que, si muere uno de los deudores solidarios, dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la -- cuota que le corresponda, en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible: pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores.

En las obligaciones a plazo o de prestación periódica, -- el acreedor podrá exigir fianza, aún cuando en el contrato no

se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes, o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago (Art. 2803 del Código Civil).

Si el fiador viniere a estado de insolvencia, el acreedor puede pedir otro que reúna los requisitos legales para serlo. (Art. 2804).

El que debiendo dar, o reemplazar al fiador, no lo presenta dentro del término que el Juez le señale, a petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta (Art. 2805).

Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella se da en el término convenido o señalado por la Ley o por el Juez, salvo los casos en que la Ley disponga otra cosa (Art. 2806).

En caso de que la fianza importe garantía de cantidad -- que el deudor debe recibir, la suma se depositará mientras se dé la fianza (Art. 2807).

Las cartas de recomendación en que se asegure la probidad o solvencia de alguien, no constituyen fianza; pero si fuesen dadas de mala fé, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que la suscriba será responsable del daño que sobreviniere a las personas a quienes se dirigen por la insolvencia del recomendado (Arts. 2808 y 2809).

El Artículo 2811 del Código Civil que estamos analizando, se refiere a que quedan sujetas a sus disposiciones las fian-

zas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no se extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes -- que las ofrezcan.

Resumiendo, podemos afirmar lo siguiente respecto de la fianza civil: que las partes son el acreedor, el deudor principal, el fiador y en algunos casos el fiador del fiador. "El objeto de la fianza es la obligación principal, y la doble o subfianza garantiza una fianza anterior". 5)

El fiador puede obligarse a menos, pero nunca a más de la obligación principal.

En cuanto a la forma, el Código Civil no exige formalidad especial para el otorgamiento de la fianza, no obstante, el consentimiento del fiador deberá ser, en todo caso, expreso. La manifestación del consentimiento por parte del acreedor, puede ser indiferente, tácita o expresa.

La fianza es una garantía accesoria de una obligación -- principal de gran utilidad, ya que por medio de ella se previenen en favor del acreedor el riesgo que pueda correr, como consecuencia de la insolvencia total o parcial del deudor.

La fianza civil contiene, siempre que no se hubiere re--

5) Muñoz, Luis, *Derecho Mercantil*, Primera Edición, 1974. - Cárdenas, Editor, México, D. F., Tomo IV, Pág. 208.

nunciado a ellos, los viejos beneficios consagrados por el Derecho Romano de división, orden y excusión, (ver pág.16 de este trabajo). "Por ministerio de ley funcionan los beneficios de orden y excusión, de tal manera que deben renunciarse para que el fiador pierda las ventajas inherentes a los mismos. En cambio, el beneficio de división debe estipularse, - pues de lo contrario, no funciona por ministerio de la ley, - es decir, si son varios los fiadores respecto de una misma deuda, no pueden oponerle al acreedor todos ellos, o el que fuere demandado, la excepción relativa a la división de la responsabilidad, ya que para tal efecto, es menester pacto expreso entre el acreedor y los fiadores (Art. 2827 del Código)".⁶⁾

El beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador, sin haber demandado antes al deudor -- (Art. 2814).

El beneficio de excusión lo tenemos incrustado en el Art. 2815 del Código, que dice que 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.

Otro insigne principio romano lo encontramos en el Art. 2830 del Código, el de la subrogación, que nos indica que el fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

6) Rojas Villegas, R., Ob. Cit., Pág. 341.

En cuanto a la extinción de la fianza que analizamos, la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones del artículo 2842. Es decir, la fianza se extingue por vía de -- consecuencia o por vía directa.

Además, la Ley señala expresamente algunas formas de extinción como las siguientes: 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. La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento -- del fiador, extingue la fianza. La quita, reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones. El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes -- siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación al fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor. Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado

deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación. (Arts. 2845 al 2849 del Código).

2.2 LA FIANZA DE EMPRESA EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

La fianza de empresa la encontramos regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1950, y en lo no previsto por ella, se regirá por la legislación mercantil y el título decimotercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal. (Art. 113 L. F.I.F.).

En el complejo mundo moderno y las relaciones jurídico-económicas que nos ofrece, la fianza prestada por compañía representa un importantísimo papel, pues, como atinadamente indica el ilustre maestro Cervantes Altamirano, con esa especial capacidad que tienen las compañías para garantizar el cumplimiento de obligaciones de terceros, proporcionan seguridad y confianza a los acreedores, en el cumplimiento de las obligaciones que tienen sus deudores. Con el fiador-compañía, se le ahorra al deudor principal la necesidad de pedir al amigo un favor, que el amigo puede ser reacio a otorgar, o que otorgándolo, pueda pedir que se le devuelva en condiciones desventaja

sas para el deudor principal. El fiador personal a su vez, - envuelve su propio crédito con una responsabilidad contingente, pudiendo encontrar su propiedad comprometida o enredarse él mismo en litigios costosos y prolongados. En cambio, la - compañía afianzadora se organiza por lucro, impone una carga por sus servicios, y el elemento de favor o agradecimiento -- queda completamente eliminado".⁷⁾

Además, las compañías profesionales en fianzas, por es-- tar muy de cerca vigiladas por el Estado, proporcionan seguridad de su excelente liquidez y solvencia.

La Ley no nos da un concepto de lo que sea fianza de em-- presa, pero podíamos deducir el siguiente diciendo que: "la fianza de empresa es un contrato de garantía en virtud del -- cual una compañía afianzadora, de nacionalidad mexicana y au-- torizada previamente por el Gobierno Federal para otorgar -- fianzas a título oneroso, mediante el pago de una prima se - compromete con el acreedor a cumplir por el afianzado en caso de que éste no lo haga".

El concepto tradicional de fianza sigue vigente, lo úni-- co que se aclara es que, quien presta la garantía es una ins-- titución de fianzas debidamente autorizada por el Estado, pa-- ra dedicarse profesionalmente a ese negocio.

7) Cervantes Altamirano, Efrén. *Fianza de Empresa, Ob. Cit.*
p. 117.

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

Subrayemos que el contrato de fianza ha llegado a ser -- mercantil precisamente al reunir las notas de ser acto en masa (profesionalidad, habitualidad) realizado por empresas".⁸⁾

Las Instituciones de Fianzas, de acuerdo con la Ley, son sociedades anónimas de capital fijo, autorizadas previamente por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar fianzas a títulos onerosos. - Su capital social mínimo será fijado por la citada Secretaría 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, dicho capital, deberá estar íntegramente pagado y su duración será indefinida, - además no podrán participar en ningún momento, en forma alguna, en el capital de estas sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior, directamente o a través de interposita persona, salvo -

8) Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, XII - edición, Tomo II, Ed. Porrúa, S. A., p. 272.

autorización de la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la que la inversión mexicana siempre tendría que ser mayoritaria y deberá mantener el manejo de la institución y su control efectivo.

La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma, deberán ser sometidas a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y cuando se ajusten a la Ley, podrán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del Comercio sin que sea preciso mandamiento judicial. Además, se reserva exclusivamente a las instituciones de fianzas, el uso en su denominación o en la de sus establecimientos, de las palabras "fianzas", "caución", "garantía" y otras que expresan ideas semejantes.

En cuanto a sus operaciones, las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria, que será civil.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el margen de operación de una Institución de Fianzas será el porcentaje que de su capital base de operaciones, determine trimestralmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El total de las primas retenidas por una Institución de

Fianzas en cada ejercicio, no podrá exceder del porcentaje -- que del capital base de operaciones determine la Secretaría - de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, durante el primer trimestre del año, calculado de conformidad con el estado financiero correspondiente al año anterior. Se entiende por primas retenidas, la suma de las primas brutas y las de reafianzamiento tomado, deducidas las primas devueltas y las de reafianzamiento o reaseguro cedido.

Las Instituciones de Fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas. Las garantías de recuperación que las Instituciones de Fianzas están obligadas a obtener, podrán ser:

- I. Prenda, Hipoteca o Fideicomiso;
- II. Obligación solidaria;
- III. Contrafianza;
- IV. Afectación en garantía.

Las instituciones afianzadoras podrán otorgar fianzas de fidelidad sin garantía suficiente ni comprobable, cuando la - responsabilidad asumida no exceda de su margen de operación. Las fianzas que se otorguen ante las autoridades judiciales - del orden penal podrán expedirse sin garantía suficiente ni - comprobable. Se exceptúan de esta regla, las fianzas que ga-

ranticen la reparación del daño y las que se otorguen para -- que obtengan la libertad provisional los acusados o procesa-- dos por delitos intencionales en contra de las personas en su patrimonio; pues en todos estos casos será necesario que la - institución obtenga garantía suficiente y comprobable.

Las instituciones de fianzas por las fianzas que otor-- guen, se considerarán de acreditada solvencia. Las autorida-- des federales o locales están obligadas a admitir las fianzas aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, según lo prescrito, sin calificar dicha solvencia.

Respecto del régimen económico de las empresas afianzado ras, la Ley indica que se considera como activo computable -- los siguientes bienes:

La existencia en caja de monedas de curso legal y divi-- sas extranjeras; los depósitos préstamos y créditos de insti-- tuciones de crédito; los valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal, instituciones de crédito o bien depósi-- tos efectuados en la institución u organismo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; los valores apro-- bados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Va-- lores; las acciones de sociedades constituidas para la adqui-- sición, el dominio y administración de los edificios destina-- dos a las oficinas de la institución; viviendas de interés so-- cial o inmuebles urbanos; las acciones de las organizaciones auxiliares de fianzas, y de las sociedades que presten servi--

cios a las afianzadoras; los títulos recibidos en descuento y redescuento a las instituciones y organizaciones auxiliares - de crédito y fondos permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el Gobierno Federal; créditos garantizados con prenda, hipoteca o fideicomiso; créditos de operaciones propias objeto de la institución de fianzas; frutos civiles de sus inversiones y créditos; muebles necesarios para su servicio; gastos anticipados de establecimiento y organización y los demás que autorice y regule la Secretaría de Ha--cienda y Crédito Público.

Tal como lo indica el artículo 46 de la Ley Federal de - Instituciones de Fianzas, están obligadas las afianzadoras a constituir las reservas de fianzas en vigor y de contingencia. La primera de ellas se formará con 50% de la prima bruta co--rrespondiente a la primera anualidad de vigencia, y permanecerá constituida hasta que la fianza sea debidamente cancelada.

La reserva de contingencia se constituirá con el 15% de la cantidad que resulte de restar a las primas retenidas por la institución, el importe de las comisiones pagadas a agen--tes autorizados y, en su caso; a reafianzadoras, reasegurado--ras o coafianzadoras. La reserva constituida así, será acumulativa y solo podrá dejar de incrementarse, con el total o --parte de las cantidades mencionadas, cuando a juicio de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el monto de la misma reserva sea suficiente para cubrir las posibles pérdidas por el pago de responsabilidades.

Estas reservas de fianzas y de contingencia tienen por objeto primordial, el mantener una solidez económica de las empresas afianzadoras, ya que su inversión sólo se dispondrá, previa autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Las compañías afianzadoras están muy de cerca vigiladas por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la que se registrará para esos efectos, por las disposiciones relativas a la inspección y vigilancia de la Ley General de Instituciones y Sociedades mutualistas de seguros.

El artículo 70 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, señala que las instituciones afianzadoras están obligadas a recibir las visitas de inspección que se mande practicar, éstas serán practicadas a todas las instituciones de fianzas por lo menos dentro de cada año y su frecuencia se determinará por las necesidades de cada caso en concreto; ello sin perjuicio de las que se practiquen a solicitud de las comisiones o de un grupo de accionistas, previo el consentimiento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En cuanto al procedimiento, encontramos reglas especiales en el capítulo cuarto de la Ley; en particular el art. 94 se refiere a la substanciación de juicios en fianzas otorgadas a favor de particulares, y el artículo 95 indica lo relativo a las fianzas que las instituciones otorgan a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios. También se hace referencia en el indicado capítulo

lo de que el Código Federal de Procedimientos Civiles es su-pletorio de sus disposiciones. Además, la fracción VIII, del artículo 94, al encontrarse relacionado con los diversos 93 y 93 bis, infiere la posibilidad de que los particulares presen-ten sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o hagan valer sus derechos ante los tribunales com-petentes.

El primer caso se refiere al artículo 93 bis, del que se desprende que la citada comisión procurará la conciliación de las partes, o en su caso propondrá la designación de árbitro, a fin de que la controversia se resuelva en amigable composi-ción o mediante el juicio arbitral correspondiente.

El capítulo V de la Ley se refiere a la revocación y li-liquidación de las Instituciones de Fianzas, nos indica catorce causales de revocación el artículo 105 y el 106 contiene dis-posiciones de procedimiento para la liquidación en la vía ad-ministrativa, cabe hacer notar que el título séptimo capítulo IV de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos contiene tam-bién normas especiales relacionadas con la quiebra, suspensión de pagos y liquidación administrativa de las Instituciones de Fianzas.

Del anterior análisis suscito que hemos hecho de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podemos concluir lo si-guiente: que las compañías afianzadoras están muy celosamente

vigiladas por el Estado, para que se cumpla indefectiblemente con los preceptos legales. Que las compañías afianzadoras, - por su solidez económica y prestigio profesional, ofrecen al acreedor una gran confianza de que su crédito será satisfecho, pues cuentan con dos patrimonios: el del deudor principal y - el de la afianzadora, con una ventaja importante: que puede - demandar el incumplimiento de la obligación insatisfecha directamente a la fiadora profesional que, por disposición de - la Ley, no goza de los beneficios de orden, excusión y división, propios de la fianza civil.

Las fianzas prestadas por compañías, representan un papel de primer orden en el complejo mundo de relaciones jurídico-económicas que nos ofrece la vida moderna, por lo que sería deseable que su campo de operaciones se agrandara y de - ese modo contribuyeran, por una parte, a agilizar la actividad económica, y por la otra; a crear un marco de seguridad - que oriente la actividad social, de que todos somos parte.

Además, como nos sugiere el ilustre jurisconsulto Ulpiano, que detrás de cada obligación, puede haber una fianza que la garantice, ("Omni obligationi Fideiussor accedere potest".⁹⁾

9) Justiniano, *Ob. Cit.*, *Ulpiano: Comentarios a Sabino*, libro XXXIX.

2.3 DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE EMPRESA.

Las fianzas civiles quedan sujetas a las disposiciones - del título decimotercero del Código Civil para el Distrito Federal y los Códigos Civiles de los Estados, que en la parte - relativa a la fianza, reglamentan la institución en forma muy similar a como lo hace el del Distrito Federal. Este último ordenamiento nos indica en el artículo 2811 que: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de de terminadas personas, siempre que no se extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan".

Por el contrario, las fianzas de empresas autorizadas - por el Estado para actuar profesionalmente como fiadoras, serán mercantiles y se registrarán por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por la legislación mercantil y el título decimotercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal. Las fianzas y los contratos - que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que - intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria. (Arts. 2 y 113 de la L.F.I.F.). Además, la fianzas de empresa es mercantil en virtud de ser un acto -

profesional, habitual y en masa realizado por empresas autorizadas para tal fin.

La fianza de empresa constará necesariamente en póliza, lo que se excluye para la fianza civil. Por otra parte, el beneficiario de una fianza de empresa, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito, que la póliza fue otorgada (arts. 2811 del Código Civil y 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La fianza civil puede ser gratuita, no así la fianza de empresa que al cobrar una prima por los servicios que presta, resulta de carácter oneroso.

En la fianza civil, la capacidad para ser fiador se rige por las normas generales de capacidad, es decir, que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. En la fianza de empresa para ser fiadora se requiere autorización expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, además de otros requisitos, como el de que sea una sociedad anónima de capital fijo, de nacionalidad mexicana constituida de acuerdo con la legislación mercantil en la que no participen en forma alguna sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del exterior, o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales.

Tendrá un capital base de operación mínimo, que se fijará durante el primer trimestre de cada año, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y su escritura social y modifi

caciones deben ser aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público misma que podrá ser inscrito en el Registro - Público de la Propiedad y de Comercio de la Ciudad de México, sin que sea preciso mandamiento judicial, y al del domicilio social, que haga la inscripción correspondiente. Además de - otros requisitos como la publicación en el Diario Oficial de la federación, etc.

En las fianzas civiles, el fiador debe tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza y cuando son fianzas legales o judiciales y la obligación garantizada excede de mil pesos y cuando el fiador no sea una institución de crédito, debe tener bienes raíces inscritos en el Registro de la Propiedad y de un valor que garantice suficiente mente las obligaciones que contraiga. Para otorgar una fianza legal o judicial por más de mil pesos se presentará un certificado expedido por el encargado del Registro Público, a -- fin de demostrar que el fiador tiene bienes raíces suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantiza, y la persona ante quien se otorgue la fianza, dentro del término de tres días, dará aviso del otorgamiento al Registro Público, para que al margen de la inscripción de propiedad correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del fiador se ponga nota relativa al otorgamiento de la fianza. (Arts. 2802, 2851 y 2852 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por el contrario, en las fianzas de empresa, las autori-

dades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas -- hasta el monto de su margen de operación, y por cantidades superiores cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público - haya hecho constar en las pólizas que ha comprobado las garantías exigidas por esta Ley, sin calificar dicha solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución es propietaria de bienes raíces, ni la de su existencia jurídica, bastando con que lleven las firmas de las personas autorizadas por los consejos - respectivos, las cuales se comprobarán con la publicación que haga la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en el Diario - Oficial de la Federación. (Art. 13 L.F.I.F.).

De las anteriores diferencias que hemos establecido, tal vez la más clara sea la que nos indica que, tratándose de -- fianzas civiles, y si no se ha renunciado a ellos, se goza de los beneficios de orden, excusión y división.

Por el contrario, la fiadora profesional no goza de los indicados beneficios, y el acreedor tiene dos patrimonios que respaldan su crédito, el del afianzado y el de la fiadora, -- con la gran ventaja de que puede demandar el cumplimiento de la obligación insatisfecha directamente a la fiadora sin haber recurrido primero al afianzado, pues, así lo indica expresamente el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que dice: "Las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extin-

quirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al -- deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el -- deudor".

Otra diferencia que se advierte, es que en la fianza civil hay una responsabilidad difusa sobre todo el patrimonio, y no sobre partes concretas del mismo, ya que así lo establece el artículo 2964 del Código que nos indica que el deudor -- responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus -- bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables. En cambio, la afianzadora responde con los recursos operativos que cuenta, con su ingreso rutinario proveniente de la colocación de negocios en el mercado, y con el volumen de sus reservas que la ley le ha obligado a constituir, precisamente para hacer frente a sus obligaciones.

De todo lo anterior podemos concluir que existen muy marcadas diferencias entre la fianza civil y la fianza de empresa, sin embargo, también existen similitudes muy importantes, y dentro de éstas destaca sin lugar a dudas la SUBROGACION.

En efecto, a ella hacen referencia en forma expresa el -- artículo 2830 del Código Civil para el Distrito Federal que -- dice: "El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor". Y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nos indica en su artículo 122 que: --

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

Al respecto nos dice Rafael de Pina: "que la subroga--ción constituye una sustitución de carácter personal en relación con el pago de una obligación, en virtud de la cual éste se hace por persona distinta de aquella que, de no existir dicha circunstancia sería la obligada a hacerlo".¹⁰⁾

10) De Pina, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Vol. tercero, tercera edición, Ed. Porrúa, México 1973, p. 143.

CAPITULO TERCERO

LAS GARANTIAS DE LA OBLIGACION FIADORA EN LA FIANZA DE EMPRESA

- 3.1 OTORGAMIENTO DE FIANZAS SIN GARANTIA SUFICIENTE
NI COMPROBABLE DE LA OBLIGACION FIADORA**

- 3.2 OTORGAMIENTO DE FIANZAS CON NECESARIA GARANTIA
DE LA OBLIGACION FIADORA:**
 - 3.2.1 Prenda**
 - 3.2.2 Hipoteca**
 - 3.2.3 Fideicomiso**
 - 3.2.4 Obligación solidaria**
 - 3.2.5 Contrafianza**
 - 3.2.6 Reafinanzamiento**
 - 3.2.7 Coafianzamiento**
 - 3.2.8 Reaseguro**

3.1 OTORGAMIENTO DE FIANZAS SIN GARANTIA SUFICIENTE NI COMPROBABLE DE LA OBLIGACION FIADORA

Dentro de la mecánica operativa de la fianza de empresa, es necesario exigir el otorgamiento de garantías de la obligación fiadora, ya que en ello radica su base técnica de operación, pues, debe de haber siempre la posibilidad de obtener una recuperación con motivo del pago hecho por la fiadora; ésta es una práctica habitual, sin embargo, la misma Ley señala casos de excepción por que se considera que en ellos operan circunstancias difetentes y que la garantía de la obligación fiadora puede no exigirse, tal ocurre por ejemplo con ciertas fianzas penales y con las llamadas fianzas de fidelidad. Las fianzas penales son de gran utilidad, ya que permiten en muchos casos, evitar pifias de la administración pública en la impartición de la justicia.

También son importantes las fianzas de fidelidad que sirven fundamentalmente, para garantizar el manejo de personas que dentro de las empresas, dentro de los negocios, dentro -- del Gobierno, desempeñan funciones importantes, respecto de -- las cuales pueden incurrir en graves responsabilidades. Un -- manejador de fondos o personas que tienen bajo su cuidado otro tipo de bienes, pueden llegar a disponer de tales bienes (pues nadie tiene la patente de la honradez, todos lo son hasta que dejan de serlo), y para entonces la fianza habrá cumplido con un papel importante: resarcir al que sufre estos daños por la deshonestidad de su personal, de las consecuencias patrimonia

les ocasionadas. "La fianza de fidelidad garantiza en términos generales, al acreedor el pago de los daños y perjuicios que puede ocasionarle el afianzado, como consecuencia de actos de infidelidad patrimonial. Estas fianzas son las que garantizan el pago de las responsabilidades en que puede incurrir un empleado; cubre al beneficiario contra posibles pérdidas originadas por actos delictivos de los empleados particulares o de dependencias oficiales, en el manejo de fondos o bienes, responsabilidades con carácter de reparación de daño, es decir, lo resultante de los delitos de abuso de confianza, estafa o fraude y cualquier otro delito intencional contra la propiedad del patrón".¹⁾

A las anteriores fianzas se refiere el artículo 22 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando nos indica -- que: "Las fianzas de fidelidad y las que otorguen ante las autoridades judiciales del orden penal podrán expedirse sin garantía suficiente comprobable. Se exceptúa de esta regla las fianzas penales que garanticen la reparación del daño y las que se otorguen para que obtengan la libertad provisional los acusados o procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio; pues en todos estos casos será necesario que la Institución obtenga garantía suficiente y comprobable".

1) Cabrera Figueroa, Irma, *Breve Estudio Administrativo y Contable de las Afianzadoras*. Universidad del Valle de México, 1973, p. 26.

La Ley ha sido consecuente al permitirlo porque se considera que en tales situaciones la fianza se otorga sobre bases técnicas parecidas a las del seguro, o sea que por la multi--titud de casos idénticos afianzados, hay un principio de mutua--lidad en que la responsabilidad parece dispersarse y en donde, de hecho, no es necesario exigir una garantía específica.

Por otra parte, también encontramos en la Ley otro caso de excepción en el artículo 24 párrafo segundo que nos indica que no se requerirá de recabar la garantía de recuperación -- respectiva, cuando bajo la responsabilidad de la Institución de Fianzas, el fiador sea ampliamente solvente y tenga sufi--ciente capacidad de pago.

Fuera de estas hipótesis, las garantías de la obligación fiadora deben ser exigidas por las compañías afianzadoras, da--do que el monto de la prima es infinitamente menor en rela--ción con la responsabilidad asumida. Pudiéramos concluir, -- que la regla general es que: "LAS COMPAÑIAS AFIANZADORAS - AFIANCEN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION FIADORA MEDIANTE LA EXIGENCIA DE GARANTIAS QUE LA RESPALDEN".

3.2 OTORGAMIENTO DE FIANZAS CON NECESARIA GARANTIA DE LA OBLIGACION FIADORA

Por regla general, en la fianza de empresa se tiene la - necesidad de exigir del solicitante o del afianzado la contra

garantía de respaldo de la obligación fiadora para que en el caso de que la compañía fiadora pague, ésta pueda resarcirse en los bienes de quien haya otorgado tales garantías de la obligación fiadora. Pues, como ya hemos visto, la fianza no tiene la función de resarcir los daños derivados al acreedor del incumplimiento del deudor, ni de garantizar el cumplimiento del deudor principal, sino más bien, la de añadir al primer, un segundo deudor que se compromete con el acreedor a cumplir por el deudor principal, en caso de que éste no lo haga.

Por otra parte, como las compañías afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión tan peculiares en la fianza civil, deben de tener garantizada la recuperación de la obligación fiadora para el caso de que lleguen, con base precisamente en las contragarantías establecidas a obtener la recuperación necesaria respecto de los adeudos que ha cubierto de sus afianzados, pues es un principio de Derecho Romano, asumido por nuestros ordenamientos vigentes, que el fiador -- que paga se SUBROGA en los derechos y beneficios del acreedor de la garantía.

Nuestros legisladores han tenido un acertado criterio lógico, al establecer expresamente la necesidad de garantías de respaldo de la obligación fiadora para, de esta manera, asegurar la capacidad económica y el prestigio de solvencia de estas compañías que profesionalmente se dedican al otorgamiento de fianzas para la realización de múltiples actividades que el rutinario acontecer nos ofrece.

En consecuencia, el artículo 19 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nos indica que: Las Instituciones de Fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuentan, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas".

El artículo 24 nos señala que las garantías de recuperación que las Instituciones de Fianzas están obligadas a obtener, podrán ser:

- I. Prenda, Hipoteca o Fideicomiso;
- II. Obligación solidaria;
- III. Contrafianza;
- IV. Afectación en garantía.

Como las garantías de la obligación fiadora que nos indica este artículo deben satisfacer ciertos y determinados requisitos, me permito a continuación hacer un análisis de las mismas.

3.2.1 PRENDA

"Como ya sabemos, los romanos llamaron a la prenda *pignus*, derivando el vocablo de *pignus*: tener en el puño. Pero el antecedente inmediato de la palabra española prenda se encuentra en el verbo latino *prehendere*: prender, asir, agarrar alguna cosa, lo que da idea bastante exacta del acto de posesión ejercitado por el acreedor sobre la cosa garante. La --

prenda es un derecho real constituido para garantía de una -- obligación, en una cosa ajena, que entra en la posesión del - acreedor o de un tercero, y por virtud del cual, el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa empeñada, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias - que nazcan de la obligación garantizada (Valverde, Sánchez Ro mán). Como contrato, Planiol define la prenda diciendo que - es aquél por medio del cual el deudor mismo o un tercero, en- trega al acreedor un objeto mobiliario destinado a servirle - de garantía. La definición de Clemente de Diego dice: "con-- trato por el que el deudor o un tercero, por él, entrega al - acreedor o a un tercero, de común acuerdo una cosa mueble en seguridad de un crédito de tal modo que vencido éste y no sa- tisfecho pueda hacerse efectivo con el precio en venta de -- aquélla, siendo restituida en natural en los demás casos de - extinción del contrato".²⁾

De todo lo anterior, podemos argumentar que mediante una garantía real, como lo es la prenda, se cubre o respalda una garantía personal, como lo es la fianza, es decir, la obliga- ción fiadora se encuentra plenamente garantizada mediante la constitución de la prenda.

Si tomamos en cuenta lo dispuesto por el artículo --

2) Muñoz, Luis. *Ob. Cit.*, primera edición 1973. Tomo II, p. 490.

20. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que nos indica que: "las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las Instituciones de Fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria" llegamos a la conclusión, de que nos encontramos ante la prenda mercantil, lo que significa que ésta se regirá por las disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por el Código de Comercio y la legislación mercantil aplicable y finalmente, por el Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando la garantía de la obligación fiadora consiste en prenda, sólo podrá constituirse, de acuerdo con el artículo - 26 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sobre:

- I. Dinero en efectivo;
- II. Depósito, Préstamos y Créditos en Instituciones de Crédito.
- III. Valores de los indicados en la fracción III del artículo 40 de esta Ley; (del artículo 40 su fracción III nos indica: valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal, Instituciones de Crédito, o bien depósitos con interés en las Instituciones u Organismos del Sector Público que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).
- IV. Valores señalados en la fracción IV del artículo 40. En

el caso de esta fracción, la responsabilidad de la fiadora no excederá del 80% del valor de la prenda. ("La - fracción IV del artículo 40 nos indica: valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional - de Valores).

- V. Otros bienes valuados por Instituciones de Crédito o Co-
rredor. En este caso la responsabilidad de la fiadora
no excederá del 80% del valor de los bienes.

Quando la prenda consiste en dinero en efectivo o en va-
lores, cualquiera que sea el monto de la fianza, deberá depo-
sitar en un plazo de 5 días hábiles en una Institución de -
Crédito; y de ellos sólo podrá disponerse cuando la fianza --
sea reclamada o se cancele, o cuando se sustituya la forma de
garantía. Si la prenda consiste en bienes distintos del dine-
ro efectivo o valores, independientemente del monto de la --
fianza, la prenda podrá quedar en poder del otorgante de la -
misma, en cuyo caso éste se considerará para los fines de la
responsabilidad civil o penal correspondiente, como deposita-
rio judicial. Todo lo anterior que nos preceptúa el artículo
27 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, está plena-
mente de acuerdo con lo que indican los artículos 334 frac--
ción I y fracción IV, y 336 de la Ley de Títulos y Operacio--
nes de Crédito, que al respecto nos señalan que: En materia
de comercio, la prenda se constituye: por la entrega al acree-
dor de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al porta-
dor; en poder de un tercero que las partes hayan designado y

a disposición del acreedor. Cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constatar por escrito. Cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

En caso de haberse constituido prenda a favor de una institución de fianzas sobre títulos o valores, o sobre frutos o mercancías, ésta podrá efectuar en su oportunidad y en representación del deudor, la venta de los títulos, valores, frutos o mercancías, por medio de corredor público o de los comerciantes de la localidad, si en ésta no hubiere corredores, y aplicarse la parte del precio que cubra las responsabilidades del deudor, guardando, a disposición de éste el sobrante que resulte. Cuando las instituciones de fianzas reciban en prenda créditos en libros, bastará que se haga constar en el contrato correspondiente, los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía, que los créditos dados en prenda se hayan especificado debidamente en un libro especial que llevará la sociedad y que los asientos que se anoten en ese libro, sean sucesivos, en orden cronológico y expresen el día de la inscripción, a partir del cual la prenda se entenderá constituida. El deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario -

corresponda. La institución acreedora tendrá derecho ilimitado de investigar sobre los libros y correspondencia del deudor, en cuanto se refiere a las operaciones relacionadas con los créditos dados en prenda. (Arts. 123 y 125 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). De todo lo anterior, podemos concluir, que el objeto sobre el que constituye la prenda para garantizar la obligación fiadoradora, está plenamente respaldado por entidades públicas o privadas de innegable prestigio y solvencia económica, es decir, dichas entidades salvaguardan la garantía real, prenda que a su vez garantiza la obligación fiadora en la fianza de empresa.

3.2.2 HIPOTECA

"El derecho de hipoteca es un derecho real que, sin implicar traslado de la posesión a persona distinta del dueño, asegura a su titular el cobro de cierta cantidad, autorizando para que pueda promover la venta de la cosa sobre la que recae, y para que la parte necesaria del precio obtenido se destine a pagarle (De Buen). El Código Civil de 1928 nos da en su artículo 2893 el siguiente concepto: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que dá derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la Ley".

De la doctrina legal que emana del Código se pueden señal

lar como caracteres específicos del derecho de hipoteca, los siguientes:

REALIDAD. En virtud de que la garantía recae sobre bienes muebles o inmuebles a los que afecta de tal modo que, creado el vínculo o gravamen, éste persiste sobre la cosa aún -- cuando ésta pase a poder o disposición de una tercera persona; ya que el acreedor hipotecario está facultado para perseguir su derecho allí donde se halle el bien gravado.

ACCESORIEDAD. Como todo derecho real de garantía, el derecho de hipoteca está subordinado a otro principal cuyo -- cumplimiento garantiza y del cual se muestra como accesorio, sin por ello perder su autonomía intrínseca cuando se le considere jurídicamente.

INDIVISIBILIDAD. Esta la encontramos en el artículo 2911 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando dice "la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes.

La indivisibilidad de la hipoteca es constante y subsiste íntegra, hasta tanto no se cancele, sobre los bienes hipotecados.

INSEPARABILIDAD. La inseparabilidad es la adherencia de la hipoteca al bien que ha sido gravado y al cual sigue en su

calidad de derecho real (como la sombra al cuerpo). Dicha -- adherencia la impone el Código en su artículo 2894 diciendo: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero".

ESPECIALIDAD. Para que haya hipoteca es necesario que -- se especifiquen y determinen taxativamente el monto de esa -- cantidad -o por lo menos el máximo- y el interés es el le-- gal.

PUBLICIDAD. Para su validez frente a tercero, la hipoteca debe forzosamente ser publicada mediante su inscripción en el Registro".³⁾ La hipoteca -dice el artículo 2919 del Código- nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad en los convenios, y por necesidad, cuando la Ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria: en el segundo necesaria. La inscripción tiene como finalidad objetar dere-- chos de tercero desde el mismo instante de la inscripción o - anotación. Ahora bien, como la hipoteca que exceda de cinco mil pesos debe otorgarse ante notario y éste tiene el deber - de informar al Registro del acto realizado, la inscripción resulta ser obligatoria.

3) Muñoz, Luis, *Ob. Cit.*, primera edición 1973. Tomo II, p. 497.

Podríamos concluir escuetamente que en la hipoteca, el - deudor o tercero que la constituyan conservan la posesión del bien hipotecado, siendo esto una gran ventaja sobre la prenda, pues permite que el deudor o el tercero que constituyan la garantía, conserven la posesión de la cosa. Respecto a la extinción de la hipoteca, ésta puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal, o por causas directas. En el primer caso, estamos en presencia de una extinción por vía de consecuencia y en el segundo, la hipoteca puede extinguirse en forma directa, si tomamos en cuenta que es obligación originada por acto jurídico, por la Ley, y al - mismo tiempo, que también es un derecho real. Las causas de extinción por vía directa se refiere tanto al fin de la hipoteca como obligación y como derecho real.

De todo lo anterior podría surgir una pregunta en el sentido de: ¿por qué he expuesto brevemente la Institución de la Hipoteca desde el Código Civil, si va a garantizar una obligación mercantil?

La respuesta es que esta institución no ha sido objeto - de regulación por las Leyes Mercantiles. Ello significa que la hipoteca se rige siempre por las disposiciones del derecho común, en lo relativo a su constitución, contenido y extinción. Sin embargo, la Ley de Instituciones de Fianzas, preceptúan algunas disposiciones para la constitución de esta garantía de respaldo de la obligación fiadora, como las siguientes: Artículo 28 "La garantía que consista en hipoteca debe

rá constituirse en primer lugar, sobre bienes valuados por -- Institución de Crédito. En este caso, el importe de la fianza no será superior al 80% del valor del inmueble".

El artículo 124 nos preceptúa que: "En los casos de -- fianzas garantizadas mediante hipoteca (o fideicomiso) sobre inmuebles, las Instituciones de Fianzas podrán proceder, a su elección, para el cobro de las cantidades que hayan pagado -- por dichas fianzas:

I. En la vía ejecutiva mercantil;

II. En la vía hipotecaria;

III. Haciendo vender, mediante corredor, al precio que - aparezca señalado en el avalúo de Institución Nacional de Crédito, avalúo que no debe tener antigüedad mayor de dos años, los inmuebles dados en garantía. Para efectuar la venta a -- que esta fracción se refiere, la Institución de Fianzas procederá a notificarla al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, El deudor, en el término de tres días -- después de la notificación, tendrá el derecho de oponerse a - la venta, acudiendo al efecto ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados o el juez competente en el domicilio de la institución. El deudor podrá - oponer en forma legal las excepciones que tuviere. Del escrito de oposición se dará traslado por tres días a la institución. Si se promueve prueba, el término no podrá pasar de - veinte días. El juez citará enseguida a una junta que se celebrará dentro de tres días para oír los alegatos de las par-

tes y dentro de los cinco días siguientes, pronunciará su resolución. Si se declara infundada la oposición, la Institución de Fianzas podrá proceder desde luego a la venta, y el deudor será condenado en las costas y además, al pago de una multa del cinco por ciento del interés del pleito, cuyo importe se adjudicará a la beneficencia pública. La resolución del Juez será apelable sólo en el efecto devolutivo.

En el caso de que el corredor, dentro del plazo de sesenta días, no obtenga la venta al precio de avalúo, hará las reducciones que procedan siguiendo las reglas que para el remate de inmuebles señala el Código Federal de Procedimientos Civiles.

De esta garantía hipotecaria de la obligación fiadora, - podemos concluir lo siguiente, que mientras el Código Civil vigente nos indica que la hipoteca puede recaer sobre bienes corporales o cosas muebles e inmuebles, y se extiende además, a las acciones, mejoras y muebles incorporados al inmueble -- gravado, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas sólo acepta, según se desprende de los artículos antes citados, la -- constitución de la garantía hipotecaria sobre inmuebles valuados por Institución de Crédito. El importe de la fianza no será superior al 80% del valor del inmueble.

3.2.3 FIDEICOMISO

En el caso de esta institución, podemos decir que en la

actualidad se ha diversificado su uso en la práctica mexicana y así podemos hablar en el sentido de que, según su finalidad, existen fideicomisos de administración, de garantía o de mandato.

Respecto del fideicomiso, coinciden el maestro Cervantes Ahumada y el insigne tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, al indicarnos que es una institución que deriva del trust anglo-sajón, pero que el legislador mexicano la estructuró de acuerdo con nuestro medio y necesidades, siendo una institución completamente diversa al trust. "En primer lugar, tuvo nuestro legislador la antigüedad de comercializar la operación, instituyéndola como exclusivamente bancaria. Sólo la solvencia de los bancos y la vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado, han establecido las bases para la aplicación extensiva del fideicomiso y, en términos generales, puede decirse que es una institución ya arraigada entre nosotros con perfiles propios y con un extenso campo de aplicación". 4)

Podemos decir que el fideicomiso se encuentra plenamente reglamentado en el título segundo, capítulo V, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y como en nuestro medio es una operación exclusivamente bancaria, también interviene la Ley General de Instituciones de Crédito y la legislación mercantil en general y como complemento; el derecho común.

4) Cervantes Ahumada, R., *Título y Operaciones de Crédito* IX. Edición, México, D. F., p. 288.

Al respecto, los diferentes preceptos que integran el citado título segundo, capítulo V de la Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito, nos indican lo siguiente en términos generales: que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Es nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario, sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes de entre las instituciones expresamente autorizadas.

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. - El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por --testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre --constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles --deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

1. Si tratárase de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al --deudor.

2. Si se tratase de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.
3. Si se tratase de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

El fideicomiso tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria: El de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley le corresponda, y cuando -- ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objetivo del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad al tutor o al Ministerio Público, según el caso. La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o -

menoscabos que los bienes sufren por su culpa.

El fideicomiso se extingue:

1. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
2. Por hacerse éste imposible;
3. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;
4. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
5. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
6. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;
7. Cuando no puede substituirse una institución fiduciaria por otra.

De todo lo anterior podemos concluir, que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin - convenido, es decir, el fiduciario adquiere la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter -

obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización para el cual se destinan. "Hablamos de un negocio, porque a pesar de estar formado de dos relaciones distintas, una de carácter real por la cual se transmite un bien o un derecho al fiduciario, y la otra de carácter obligatorio, consistente, precisamente, en la obligación que asume el fiduciario de afectar los bienes o derechos a una finalidad y de retrasmitirlos posteriormente, se trata de una figura unitaria en la que ambas relaciones -- son inseparables, son parte de un todo y no constituyen por sí mismos contratos independientes (Ascarelli). Ninguna de las relaciones existe en forma autónoma, sino que está subordinada a la otra; la relación de carácter real tiene que acompañarse de la relación personal que la limita; de otra manera los efectos reales de la fiducia se confundirían con los de otros negocios típicos traslativos, lo cual constituiría una duplicación inútil. Asimismo, la relación obligatoria existe subordinada a la transmisión; ésta se opera en cuanto el fiduciario previamente se ha obligado a una conducta determinada y a favorecer los intereses de un tercero o del fideicomitente". ⁵⁾ En relación con el presente trabajo, en el que nos referimos al fideicomiso como forma de garantizar la obligación fiadora, pensamos que estamos frente al llamado fideicomiso -

5) Barrera Graf, Jorge. *Estudios de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S. A., p. 318.

de garantía, consistente en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de - las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente.

Podemos concluir, de acuerdo con el artículo 29 de la -- Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que el fideicomiso - sólo se aceptará como garantía, cuando se afecten bienes o de rechos presentes no sujetos a condición. Y en lo conducente, se aplicarán al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por esta Ley para las demás garantías.

3.2.4 OBLIGACION SOLIDARIA

Si consideramos que de acuerdo con el artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la obligación solidaria se tendrá como mercantil, tendremos que recurrir a la legislación mercantil y nos encontramos que ahí no se encuentra regulada esta institución pero, de acuerdo con el artículo 2o. del Libro Primero del Código de Comercio que nos indica que: "A falta de disposiciones de este Código serán aplicables a - los actos de comercio las del derecho común". Recurrimos, -- por lo tanto, al Código de Comercio y nos encontramos con que esta institución se encuentra reglamentada en el Libro Cuarto, título segundo, capítulo IV. Y, entre otras cosas, nos indica lo siguiente: habrá solidaridad pasiva cuando dos o más - deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por -

sí, en su totalidad, la prestación debida (artículo 1987).

La solidaridad no se presume; resulta de la Ley o de la voluntad de las partes. Cada uno de los acreedores o todos - juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de - cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y éste resultare insol- - vente, dichos acreedores pueden reclamar de los demás o de - cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado solo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda res- - pecto de alguno, algunos de los deudores podrán reclamar el - todo de los demás obligados, con deducción de la parte del -- deudor o deudores liberados de la solidaridad (arts. 1988 y 1989).

El deudor solidario sólo podrá utilizar contra las recla- - maciones del acreedor, las excepciones que se deriven de la - naturaleza de la obligación y las que le sean personales. El deudor solidario es responsable para con sus coobligados si - no hace valer las excepciones que son comunes a todos. Si la cosa hubiere perecido, o la prestación se hubiere hecho impos- -ible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación que dará extinguida (arts. 1995, 1996, 1997).

Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios - herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota - que le corresponda en proporción a su haber hereditario, sal- -vo que la obligación sea indivisible: pero todos los coherede- -ros serán considerados como un solo deudor solidario con rela-

ción a los otros deudores. El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda. Salvo pacto en -- contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí -- por partes iguales. En la medida en que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor. Si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste se ra responsable de toda ella a los otros codeudores.

Cuando por el no cumplimiento de la obligación se demanden daños y perjuicios, cada uno de los deudores solidarios -- responderá íntegramente de ellos. Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles, si las prestacio-- nes no pudiesen ser cumplidas sino por entero. La solidari-- dad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria. Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad (arts. 1998 al 2006).

De todo lo anterior, a que hace referencia el Código Civil para el Distrito Federal, podemos concluir que la obligación solidaria es una especie de la mancomunidad de las obligaciones en "mano común", también llamadas por algunos, obligaciones comunes. "La obligación solidaria, consta de cuatro requisitos característicos, dos de los cuales son exclusivos

de la solidaridad y el resto, comunes a todas las obligaciones. El primer requisito constitutivo consiste en la pluralidad de deudores o acreedores; el segundo, en la identidad de la prestación. Ambos requisitos pueden concurrir también en otras obligaciones diferentes a las solidarias. Los requisitos tercero y cuatro expresan las modalidades típicas del vínculo solidario en su aspecto funcional: el tercero nos indica que cada uno puede estar obligado a cumplir la totalidad de la prestación; y el cuarto nos dice: que el cumplimiento por uno de ellos libera a todos los demás y, de la misma manera que para la solidaridad activa, cada acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de toda la obligación, pero la consecución por parte de uno, libera al deudor, con respecto a los demás acreedores.

Respecto de la naturaleza de la obligación solidaria, el problema se puede reducir a la cuestión de cómo es posible -- que el acreedor pueda dirigirse a cada uno de los deudores para obtener la totalidad de la prestación y cómo el cumplimiento hecho por uno sólo afecta a los demás extinguiendo la obligación y, correlativamente para la obligación activa, cómo cada acreedor que puede dirigirse al deudor para conseguir la totalidad de la prestación y el cumplimiento de la misma hecho por uno, pueda extinguirse la obligación con respecto a los demás. La solución al problema fue en un tiempo ardua y difícil al considerar los efectos particulares que el comportamiento de un deudor tenía con respecto a otro (o de un acree

dor con respecto a otro) y con relación a toda la obligación. La doctrina trató de dar luz a estas cuestiones y desarrollo varias teorías, tales como las del mandato tácito, la de la fianza mutua, la de la fungibilidad de los sujetos a fines -- del cumplimiento y la de la sociedad con comunidad de intereses. 6) En la actualidad consideramos que el problema se ha superado, en virtud de que legislador la ha catalogado y clasificado expresamente, como una de las obligaciones especiales en nuestro Derecho común vigente. La obligación solidaria como garantía de la obligación fiadora en la fianza de empresa, la analizaremos a continuación, cuando nos refiramos a la contrafianza.

3.2.5 CONTRAFIANZA

La contrafianza podríamos decir que: es la fianza de la fianza, es decir, la contrafianza se otorga para dejar sin -- efectos los beneficios que produce la garantía otorgada en -- primer término.

También se conoce como contragarantía, ~~llamada~~ así porque invalida o hace nugatorios los efectos de la garantía. En la Ley de Amparo por ejemplo, encontramos preceptos específicos que hacen referencia a esta garantía en su Capítulo III los --

6 Amorth Jorge, *La Responsabilidad del Deudor Solidario*. - Colección Nereo, Madrazo 157, Barcelona, p.p. 16 y 108.

artículos 126 a 129, se refiere a que: "se da derecho al tercero perjudicado para obtener la ejecución del acto reclamado mediante garantía, si a su vez otorga contragarantía o -como dice el artículo 126 de la Ley de Amparo-, caución bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación de garantías y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, en caso de que se le conceda el amparo. Desde luego, su efecto asegurador tiene que tener mayor amplitud que el de la garantía constituida por el quejoso, puesto que no sólo sirve para que el tercero perjudicado resarza a éste de los daños y perjuicios que se le irroguen con motivo de la realización del acto reclamado, sino también para hacer posible la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la violación de garantías. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte en la tesis que dice: "La contrafianza que se constituye en los juicios de garantías debe ser, en términos generales, de más entidad que la fianza, por cuanto que garantiza mayores responsabilidades" (Apéndice al Tomo CXVIII, tesis 274, Tesis 194, de la Compilación 1917-1965 Materia General)". 7)

En relación con nuestra Ley Federal de Instituciones de Fianza, la garantía que consiste en obligación solidaria y --contrafianza, se aceptará cuando el deudor solidario o el con

7) Burgoa, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa México, 1975. Décima Edición, p. 743.

trafiador comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En todo caso, el monto de la responsabilidad de la Institución no excederá del 50% del valor disponible de los bienes.

AFECTACION EN GARANTIA

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos señala que otra de las garantías de recuperación que tienen las Instituciones de Fianzas, es la afectación en garantía; al respecto el artículo 31 de dicho ordenamiento establece: El fiador, obligado solidario o contrafiador, expresamente y por escrito, podrá afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las Instituciones de Fianza, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante Juez, Notario, Corredor Público, o la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, se asentará, a petición de las Instituciones en el Registro Público de la Propiedad.

La afectación en garantía surtirá efectos contra terceros desde el momento de su asiento en el citado registro.

En relación con lo anterior, podemos concluir que la inscripción marginal que se hace en el registro es un gravamen real sobre un bien inmueble que en la práctica de las afianzadoras tiene un constante uso, pues evita prácticas engorrosas

y lentas al momento de hacer efectiva la recuperación correspondiente.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece, -- que para la adecuada diversificación de fianzas cuyo monto no exceda de su margen de operación las Instituciones de Fianzas podrán celebrar contratos de reafianzamiento o coafianzamiento o reaseguro. Cuando la responsabilidad asumida por dichas instituciones, exceda su margen de operación necesariamente -- deberán distribuir entre otras instituciones, la cantidad que exceda de dicho margen, pudiendo elegir entre reafianzar o -- reasegurar, u ofrecer el coafianzamiento respectivo. (Arts. - 32 y 33 L. F. I. F.).

Al respecto se impone el análisis de las precitadas figuras jurídicas:

3.2.6 REAFIANZAMIENTO

Podemos conceptuar de acuerdo con el artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que "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 deba cubrir al beneficiario por su fianza". En el reafianzamiento, asume directamente sus obligaciones frente al beneficiario de la póliza, la institución reafianzada, que es la que extiende dicha póliza de cobertura. La institución reafianzadora estará obligada, en su caso, a -

proveer de fondos a la reafinanzada, con objeto de que ésta cumpla sus obligaciones como fiadora. La falta de previsión -- oportuna, hará responsable a la reafinanzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la reafinanzada, que es la que directamente asume la responsabilidad.

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.

Las operaciones de reafianzamiento podrán contratarse -- con entidades mexicanas o del extranjero, se hace extensiva -- esta disposición, a las operaciones de cofianzamiento y reaseguro.

Las Instituciones de Fianzas al contratar reafianzamiento, reaseguro o cofianzamiento, deberán de dar preferencia a las demás Instituciones de Fianzas del país o a las aseguradoras o reaseguradoras mexicanas, en ese orden, a excepción de contratos automáticos celebrados con entidades del extranjero.

Para que una Institución de Fianza celebre contrato de reafianzamiento con alguna entidad del exterior, facultada en su país para realizar ese tipo de operaciones, será necesario que esta última se encuentre inscrita en el Registro General que para tal efecto llevará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con las reglas de carácter general que

la misma dicte. La inscripción en el registro podrá ser cancelada discrecionalmente por la citada Secretaría, previa audiencia de la interesada y de los cedentes, cuando a su juicio estos dejen de satisfacer o de cumplir los requisitos y obligaciones establecidas por las disposiciones legales y administrativas aplicables.

3.2.7 COAFIANZAMIENTO

Hay coafianzamiento cuando cada compañía afianzadora toma parte de la responsabilidad de la obligación fiadora, expidiendo directamente la póliza de fianza al acreedor, es decir, una compañía afianzadora se asocia con otra u otras para asumir cada una de ellas una parte de la obligación, hasta completar su totalidad.

Podemos decir que si en el reafianzamiento la responsabilidad la asume directamente la compañía reafianzada frente al beneficiario de la póliza, extendiéndole sólo una póliza, en el coafianzamiento, cada compañía coafianzadora asume directamente la responsabilidad frente al beneficiario extendiéndole tantas pólizas como compañías se reúnan a sumar la totalidad de la obligación fiadora.

El artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nos conceptúa el coafianzamiento al indicarnos que lo hay "cuando dos o más instituciones otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizado por un mismo o diverso monto e igual

concepto, a un mismo fiado.

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

Por otra parte el coafianzamiento puede contratarse con entidades mexicanas o del extranjero, esto en virtud del decreto de reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fian--zas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de enero de 1990, que reforma entre otros el artículo 34 de esta Ley, el cual disponía que el coafinanzamiento sólo podía -- contratarse cuando una responsabilidad exediera al margen de operación de una institución fiadora, y exclusivamente con -- instituciones mexicanas.

3.2.8 REASEGURO

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros en su artículo 10 nos enuncia que: "Se entiende -- por reaseguro, el contrato en virtud del cual una empresa de seguros toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otra o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo".

El reaseguro es un método por medio del cual un asegurador original distribuye sus ingresos dando la totalidad o una parte de ellos a otro asegurador o reasegurador, con el propó-

sito de reducir la cantidad de su posible pérdida. La necesidad que tiene un asegurador para obtener una cubierta de reaseguro es estrictamente análoga a la que anima a un individuo a obtener la protección del seguro directo.

Un asegurador que se ha hecho responsable de una cantidad importante en un riesgo particular, piensa que no es recomendable el conservar esa responsabilidad por su propia cuenta y por lo tanto, busca una forma por medio de la cual pueda repartir el riesgo con alguien, para que en el evento de una pérdida, no llegue a sufrir una carga pesada.

Del concepto que la Ley nos da del reaseguro, podemos deducir claramente que la institución reaseguradora cubre un riesgo después de que una compañía de seguros lo ha cubierto y por consiguiente, la relación jurídica del reasegurador existe directamente con el asegurador original y no con el reasegurado. La compañía que cede en reaseguro un riesgo, se le denomina "cedente" y, la que lo reasegura aceptando el riesgo, se llama "reaseguradora".

El propósito real y verdadero del reaseguro es ayudar a la compañía cedente a mantener su cuenta neta en una posición bien equilibrada. El reasegurador se preocupa primeramente de la aceptación de los riesgos que le son cedidos en tal forma que le permita obtener una utilidad razonable en su negocio. No obstante lo que se diga de la función del reaseguro respecto a aliviar la tensión impuesta a una empresa de seguros directa en la aceptación de riesgos gravosos, no existe -

duda alguna en la mente de un reasegurador de que el negocio en conjunto debe devengar utilidad, y así es como debe de ser, porque no se podría contar con ningún reasegurador que se dedicase a un negocio que produjese pérdidas continuamente, pues to que entonces, dicho reasegurador no podría fortalecer la - posición de seguridad financiera que es esencial para su continuidad en el medio.

"La idea del reaseguro está vinculada en el mismo instin to humano que dió a luz el seguro o sea, el deseo de que la - pérdida de un individuo fuese compartida entre muchos, y así como esto conduce a que un miembro del público se asegure con un asegurador directo, así el asegurador a su vez se inclina a reasegurar parte de sus riesgos con un reasegurador.

Aunque el origen exacto así como la época de la inven-- ción del seguro no se ha podido precisar, lo que si se consi-- dera preciso es la creación del seguro marítimo como el pione ro de todas las diferentes clases de seguros conocidos hasta ahora.

La primera compañía de reaseguros se organizó en Wesel, Alemania en 1843 con el nombre de Weseler Ruck., después si-- guió la compañía de reaseguros "Colonia", de Colonia, Alema-- nia en 1846 y, desde entonces, muchas entidades de reaseguro se han fundado en todo el mundo y se han desarrollado vigoro-- samente.

La cartera de las compañías de seguros de daños es hete-- rogénea en calidad, ya que con el objeto de no limitar sus po

sibilidades de adquisición de negocios, se ven obligadas a -- asegurar gran diversidad de riesgos, sujetos a diferentes tarifas. También es heterogénea en cantidad, porque los riesgos aceptados son dispares en cuanto a su importancia. Estos elementos impiden la aplicación efectiva de la Ley de los -- Grandes Números sobre su cartera, por la falta de un factor esencial, que es la homogeneidad y por tanto, existe la posibilidad de una desviación importante de los resultados. Las Compañías de Seguros han buscado la solución a este problema, recurriendo al coaseguro y al reaseguro.

Coasegurar es participar con otros aseguradores en un -- riesgo, por medio de un contrato de seguros suscrito directamente entre coasegurador y coasegurado y por una proporción - determinada.

Al efecto, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros dice: "Por coaseguro se entiende, la participación de dos o más Instituciones de Seguros en un mismo riesgo, en virtud de contratos directos realizados por cada una de ellas con el asegurador.

Generalmente el coaseguro lo solicitaba el público por-- que creía que una compañía de seguros no tenía la suficiente fuerza económica para hacer frente a un siniestro de considerable importancia, lo cual es un error, pues ignoran que las compañías se reaseguran en otras empresas. En otros casos el coaseguro obedece a compromisos comerciales.

Sin embargo, para las compañías de seguros, el coaseguro

no resultó ser la solución ideal para conseguir la compensación de riesgos y la homogeneidad de su cartera, por las siguientes razones: en primer lugar, las compañías se resisten a hacer partícipes a otras empresas competidoras, de una parte de aquellos seguros que ellas adquieren, ya que de hecho, establecen un contrato directo entre sus clientes y las otras empresas, que en un momento dado, puede significar la pérdida del negocio.

Por otra parte, en seguros de mucha importancia el recurrir al coaseguro no significa la solución total del problema, ya que complica en forma extraordinaria las cosas al tener -- que recurrir a compañías con un domicilio distinto al de la Cedente, por los gastos que entraña la colocación y el tiempo que se pierde en conseguirla, etc. Por las razones anteriores, las compañías de seguros tuvieron que recurrir al reaseguro para conseguir la nivelación de sus riesgos.

Una compañía de seguro directo, fija su retención en cada riesgo, tomando en cuenta las características del mismo en cuanto a su peligrosidad y colindancia, además de atender a su propia situación financiera, el monto de sus reservas y al volumen de primas emitidas; por consiguiente al fijar la retención, necesariamente se le producen excedentes que tiene que reasegurar con alguna otra compañía de seguros o de reaseguros, y, con esto, consigue la nivelación de sus riesgos, -- percibiendo de sus reaseguradores una comisión, que le compen

sa los gastos de adquisición y parte de los de administración". 8)

A medida que se ha desarrollado la aceptación del reaseguro, éste se lleva a cabo por dos clases distintas de compañías, es decir, las empresas de negocio directo y por las de reaseguro. Las compañías directas que aceptan reaseguro, lo tratan como una sección de su negocio.

8) Seguros la Comercial, S. A., *Apuntes sobre reaseguro*. -- (sin nombre de autor). México, D. F., p. 6 a 10.

CAPITULO CUARTO

- 4.1. PROCEDIMIENTO OPERATIVO DE LA FIANZA DE EMPRESA**
- 4.2. EL PAGO DE LA PRIMA Y EL PAGO DE LAS RECLAMACIONES**
- 4.3. EXTINCION DE LA FIANZA**
- 4.4. CONCLUSIONES**
- 4.5. OBRAS CONSULTADAS**

4.1. PROCEDIMIENTO OPERATIVO DE LA FIANZA DE EMPRESA

El procedimiento para la expedición de una fianza es distinto del que las leyes establecen para otra clase de contratos, pues, tratándose de la fianza de empresa, la práctica normal es que el fiador profesional quede debidamente protegido de las eventuales irresponsabilidades en que pueda incurrir el afianzado, de tal manera que si la institución fiadora llegara a pagar, tenga un camino ágil para recuperarse fácilmente y sin problema, de los pagos que a su vez ella tenga que hacer por el afianzado. De lo que podemos concluir que es esencial, cuando se expide una fianza, que se cubra la posición de la institución fiadora, mediante el otorgamiento de garantías suficientes que respalden la obligación fiadora.

Para que la afianzadora cubra su posición de fiadora, es menester obtener a su favor las necesarias garantías de recuperación para el caso de que ella pague por el afianzado, tales como las que previenen los artículos 24 y 33 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como son la prenda, la hipoteca, el fideicomiso, la obligación solidaria, la contrafianza, la afectación en garantía, el reafianzamiento, el reaseguro y el coafianzamiento respectivo. Es conveniente aclarar que, las garantías de la obligación fiadora previstas por el segundo numeral citado no solamente deben exigirse cuando rebasa el margen de operación legal establecido por la ley, sino que en una política sana de la compañía, si esta decide

que así debe hacerlo por convenir a su seguridad y prestigio financiero, está facultada para ello (artículo 32 L.F.I.F.)

Es interesante recalcar que la fianza prestada por compañía, no disfruta de los beneficios de excusión y orden, tan característicos del Derecho Civil, pues el acreedor tiene la facultad de demandar directamente el cumplimiento de la obligación y su ejecución a la afianzadora que, por operar en un campo especializado, ha sido relevada por la ley, de la invocación de estos beneficios, de tal suerte, que el acreedor de la garantía puede demandar, ante el incumplimiento del deudor principal, al fiador profesional y éste no tiene más defensas ni excepciones que las que pudiera invocar el afianzado, por lo que es sumamente importante la obtención de garantías de respaldo que protejan a la compañía afianzadora.

Dentro de este procedimiento operativo de la fianza de empresas, es práctica habitual exigir el otorgamiento de garantías de respaldo de la obligación fiadora; sin embargo, la ley señala algunos casos de excepción como ocurre en ciertas fianzas penales y en las llamadas fianzas de fidelidad, en las que por la multitud de casos afianzados hay un principio de mutualidad parecido al seguro en donde la responsabilidad parece dispersarse y, donde de hecho, no es necesario exigir una garantía suficiente ni comprobable.

4.2. EL PAGO DE LA PRIMA Y EL PAGO DE LAS RECLAMACIONES

Al ser la fianza de empresa un contrato, produce derechos y obligaciones a cargo de las partes que en él intervienen y -- así tenemos que, la obligación esencial y fundamental de la -- fiadora profesional es la de cumplir por el afianzado, en caso de que éste no lo haga, la obligación de este último o de la -- persona que en su nombre solicita el otorgamiento de la garantía, es la primordial y consiste en pagar la prima con una suma determinada de dinero, por el servicio profesional que presta la afianzadora. La prima es una prestación pequeña en relación con la contraprestación que la fiadora asume frente al -- acreedor de la obligación garantizada.

La prima tiene diversas formas para calcularse, pues intervienen distintos factores, como son el monto de la responsabilidad asumida, el plazo de vigencia de la garantía otorgada y, sobre todo, las garantías de respaldo que el afianzado o solicitante ofrezca a la compañía para cubrirla de cualquier -- eventualidad.

Las instituciones de fianzas son dignas de absoluta confianza, pues son objeto de vigilancia permanente por parte del Estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, -- por lo que hay plena seguridad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Podemos decir que la RECLAMACION es el acto por el cual -

el beneficiario de la garantía se dirige a la institución o al órgano jurisdiccional competente, para obtener el pago de la obligación garantizada. Cabe aclarar que el procedimiento para lograr el cobro, es distinto según sea un particular o el Estado, pues en éste último caso, se garantizan intereses públicos. El procedimiento para exigir sus reclamaciones los particulares, lo encontramos, el administrativo en los artículos 93 y 93 bis y el jurisdiccional, en el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. El beneficiario particular, cuando no obtiene administrativamente el pago de su reclamación debe demostrar en un juicio que tiene derecho al pago de la garantía, sometiéndose a la jurisdicción del juez competente y en caso de obtener una sentencia favorable, esperar de la Administración Pública a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la ejecución de la sentencia.

4.3. EXTINCION DE LA FIANZA

En términos generales la fianza se extingue al término de la obligación principal garantizada, es decir, por vía de consecuencia pues se trata de una obligación accesoria, y también fenece por causas propias de extinción de la obligación fiadora.

En otros términos, cuando por cualquier causa se extingue la obligación principal, entonces automáticamente se ter-

mina la obligación accesoria que es la fianza. Por ejemplo, - lo más usual es que cuando la obligación garantizada se cumple entonces, por consecuencia la fianza desaparece. Pero la obligación accesoria puede también tener causas de extinción-^o propias y directas ya que siendo una obligación en sí misma - se extingue por los modos ordinarios de extinción de las obligaciones en general.

Otras formas de extinción de la fianza las encontramos - en los artículos 117 párrafo último y 119 de la Ley Federal - de Instituciones de Fianzas, el primero de los cuales se refiere a que la devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario. El segundo nos indica, que la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Pudiéramos decir que la fianza de empresa es un contrato accesorio de garantía en virtud del cual una compañía afianzadora, mediante el pago de una prima, se compromete con el acreedor a cumplir con el afianzado en caso de que éste o un tercero no lo haga.

SEGUNDA. a) Es un contrato, pues se requiere del acuerdo de voluntades y expresión del consentimiento de las partes que en él intervienen.

a) Es accesorio, porque su existencia no puede suponerse sin la existencia previa de la obligación que garantiza.

c) Es de garantía, puesto que el beneficiario tiene la plena certeza de que si el obligado principal no cumple con su obligación, cumplirá la afianzadora.

d) Es formal, puesto que necesariamente constará en una póliza supervisada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

e) Es oneroso, puesto que es mercantil, y al ser prestada la fianza por una empresa dedicada profesionalmente a ello, mal podría ser gratuita, pues se desvirtuaría el concepto de

empresa, la que opera lucrativamente al cobrar una determinada cantidad por el servicio que presta.

TERCERA. La fianza de empresa la prestan compañías especializadas, previamente autorizadas para tal fin por el Gobierno Federal y celosamente vigiladas por el mismo a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

CUARTA. En el complejo mundo moderno de relaciones jurídico-económicas la fianza representa un instrumento de gran -- utilidad y aplicabilidad en muchos campos de la actividad del hombre, entre otros, los siguientes: fianzas de fidelidad, -- fianzas de crédito ante el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A. y Petróleos Mexicanos, fianzas de anticipo, - fianzas para garantizar inconformidades con impuestos o multas, fianzas de cumplimiento, fianzas de buena calidad, fianzas de licitación, fianzas para garantizar el pago de convenios para cubrir en parcialidades impuestos ya causados, la llamada fianza carcelaria, la fianza para cubrir adeudos al seguro social, etc.

Por lo que, cada vez más, se van ampliando las posibilidades de utilización de esta vieja institución romana, muchos de cuyos excelsos principios perduran en nuestros ordenamientos -- vigentes como piedra angular.

QUINTA. En la fianza de empresa el acreedor de la garantía tiene dos patrimonios para cubrir el cumplimiento de la obligación insatisfecha, el del afianzado y el de la fiadora profesional, con la ventaja de demandar dicho cumplimiento directamente a la afianzadora la que, de acuerdo con la Ley, no goza de los beneficios de orden y escusión, tan característicos de la fianza civil.

SEXTA. Como regla general para el otorgamiento de fianzas podemos colegir la siguiente: "La institución afianzadora en el otorgamiento de sus fianzas deberá de tener plenamente garantizada la obligación fiadora mediante el otorgamiento de garantías de respaldo suficientes y comprobables".- Esta regla es cardinal para cubrir la posición de la institución, ya que si ésta paga en defecto del deudor principal debe resarcirse de los daños que sufra, pues, inmediatamente -- que cumple con el deudor se SUBROGA, por ministerio de Ley, - en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la obligación garantizada.

Con esta mecánica dejamos a salvo la inscripción gravada en el templo de Delfos en la antigua Grecia que nos narra Platón en su Diálogo "Carmides o de la Templanza" y que dice: -- "Date en fianza y no estás lejos de tu ruina".

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- 1.- Amorth, Jorge, LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR SOLIDARIO, - Colección Nereo, Madrazo 157, Barcelona, España, 1960.
- 2.- Aristóteles, ETICA NICOMAQUEA, Versión de Antonio Gómez Robledo, Colección "Nuestros Clásico", U.N.A.M., 1961.
- 3.- Barrera Graf, Jorge, ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL, Ed. - Porrúa, S. A., México, D. F. 1958.
- 4.- Burgoa, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, Ed. Porrúa, Méxi-
co, 1975.
- 5.- Cabrera Figueroa, Irma, BREVE ESTUDIO ADMINISTRATIVO Y --
CONTABLE DE LAS AFIANZADORA, Universidad del Valle de Méxi-
co, 1973.
- 6.- Carpizo, Jorge, LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917, Coordi-
nación de Humanidades, U.N.A.M. 1973.
- 7.- Cervantes Ahuma, Radí, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO,
IX Ed., México, D. F. 1987.
- 8.- Cervantes Altamirano, Efrén, FIANZA DE EMPRESA, Publica-
ciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario, U.N.A.M.
México, 1950.

- 9.- Cervantes Altamirano, Efrén, ASPECTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA FIANZA EMPRESARIAL, Conferencia dictada en el XXV Aniversario de la fundación del Doctorado en la Facultad de Derecho, U.N.A.M.
- 10.- Clavijero, Fco. Javier, HISTORIA ANTIGUA DE MEXICO, Tomo III, Ed. Porrúa, México, D. F. 1958.
- 11.- De Pina, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Vol. III, tercera edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1973.
- 12.- Getell Raymond, G. HISTORIA DE LAS IDEAS POLITICAS, Editora Nacinal, México 1976.
- 13.- Justiniano, (Emperador), EL DIGESTO, Tomo III, Madrid, 1874.
- 14.- Marfas, Julfan, HISTORIA DE LA FILOSOFIA, Madrid, Revista de Occidente, 1974.
- 15.- Mendieta y Núñez, Lucio. EL DERECHO PRECOLONIAL, México, 1937.
- 16.- Moreno, Manuel M. LA ORGANIZACION POLITICA Y SOCIAL DE LOS AZTECAS, Biblioteca Pedagógica de Perfeccionamiento Profesional, S.E.P., México 1964.
- 17.- Muñoz, Luis, DERECHO MERCANTIL, primera edición, Tomo IV, Cárdenas editor, México, D. F. 1974.
- 18.- O'Gorman, Edmundo, ESTUDIOS DE HISTORIA DE LA FILOSOFIA EN MEXICO (AMERICA), Coordinación de Humanidades, U.N.A.M. 1963.

- 19.- Perezniето Castro, Leonel, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., -- 1977.
- 20.- Petit, Eugene, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, Trad. José Fernández G., Ed. Nacional, México 1966.
- 21.- Platón, DIALOGOS, 5a. edición, Editorial Porrúa, México, D. F. 1975.
- 22.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, DERECHO MERCANTIL XII -- edición, Tomo 19, Ed. Porrúa, S. A. 1988.
- 23.- Rojina Villegas, R., COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, Tomo - IV, Ed. Porrúa, México 1988.
- 24.- Secco Ellauri, Oscar, COMPENDIO DE HISTORIA UNIVERSAL. LA ANTIGUEDAD Y LA EDAD MEDIA, Ed. Kapeluz.
- 25.- Seguros La Comercial, S. A., APUNTES SOBRE REASEGURO, - (sin nombre de autor), México, D. F., 1970.
- 26.- Siebeck, Herman, ARISTOTELES, Trad. Luis Recaséns Siches, Revista de Occidente, Madrid 1930.

LEGISLACION

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, S. A., México 1989.
- 2.- Código de Comercio, Ed. Porrúa, S. A., México 1990.
- 3.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ed. Porrúa, México 1991.
- 4.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, S. A., México 1990.
- 5.- Ley General de Instituciones y sociedades Mutualistas de Seguros, Ed. Porrúa, S. A. 1991.
- 6.- Ley Sobre el Contrato de Seguro, Ed. Porrúa, S. A. 1991.
- 7.- Reglamento del Registro Público de la Propiedad, Diario Oficial del 17 de enero de 1979.
- 8.- Reglamento del Registro Público de Comercio, Diario Oficial del 17 de enero de 1979.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- 9.- Corominas, Jesús, DICCIONARIO ETIMOLOGICO, Ed. Gredos, Madrid, 1961.