



875209

UNIVERSIDAD VILLA RICA

FACULTAD DE DERECHO

19

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"ANALISIS DEL CONTRATO DE FIANZA CIVIL
Y CONSTITUCION DE UNA GARANTIA EFECTIVA EN LA
CELEBRACION DE LA FIANZA CONVENCIONAL."

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

Felipe Olivares Reich

DIRECTOR DE TESIS
Lic. Alfredo Fernández Peri

ASESOR DE TESIS
Lic. Miguel A. Juárez Martínez

H. VERACRUZ, VER.

1996.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

"El éxito en la vida profesional no se improvisa; es el resultado del esfuerzo sostenido (hábito), del ejercicio de la voluntad (carácter) y de la aplicación de la inteligencia para organizar la vida (talento)."

ANALISIS DEL CONTRATO DE FIANZA CIVIL
Y CONSTITUCION DE UNA GARANTIA EFECTIVA EN LA
CELEBRACION DE LA FIANZA CONVENCIONAL.

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO I.

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO DE LOS MEDIOS PARA
GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

I.- NECESIDAD DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES..... 4
II.- CONTRATOS DE GARANTIA REALES Y PERSONALES..... 6
III.- LA "PIGNUS" O PRENDA Y LA HIPOTECA..... 8
IV.- LA "FIDEJUSSIO" O CONTRATO DE FIANZA..... 14

CAPITULO II

FIANZA CIVIL, ASPECTOS GENERALES.

I.- NOCION..... 21
II.- CONCEPTO DE FIANZA..... 22
III.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO..... 23
IV.- EFECTOS O CONSECUENCIAS QUE SE PRODUCEN
POR LA CELEBRACION DEL CONTRATO..... 25
V.- FORMAS DE EXTINCION DE LA FIANZA..... 29

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

En los diversos aspectos de la vida socioeconómica se a hecho necesario que los sujetos en su afán por proteger su patrimonio busquen garantizar el cumplimiento de las obligaciones de diversos modos, optando siempre por los más prácticos y eficaces.

Son pues los modos para garantizar el cumplimiento de obligaciones de gran importancia para el derecho en general.

En el presente trabajo de tesis se pretende analizar uno de los más antiguos y prácticos medios para garantizar el cumplimiento de las obligaciones: la fianza.

La siguiente investigación es el resultado de una compilación minuciosa y exhaustiva de datos tomados de diversas fuentes bibliográficas. Tratando de reflexionar de manera objetiva cada uno de los aspectos que se desprenden de esta figura.

En el primer capítulo se tratara de justificar la necesidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones y se hará una exposición del desarrollo en el Derecho Romano de estos modos de garantía.

En el segundo capítulo se hablara de los aspectos generales de la fianza civil, que por analogía lo son también para la fianza mercantil.

El tercer capítulo se ocupa de distinguir de manera precisa a la fianza civil de la mercantil, prestando especial importancia a la fianza de empresa por el gran auge que ha adquirido en la actualidad.

Por último el cuarto capítulo se ocupa de los diversos tipos de fianzas en materia civil, deteniéndose a examinar a la fianza convencional, pues se considera que dicha figura debe de ser modificada en nuestro Derecho, por los inconvenientes que presente en la práctica jurídica.

Se espera ser lo suficientemente claro y preciso en el desarrollo de todos y cada unos de los temas, poniéndose a la apreciable consideración del lector el contenido de esta tesis.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO DE LOS MEDIOS PARA
GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

I.- NECESIDAD DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES.

II.- CONTRATOS DE GARANTIA REALES Y PERSONALES.

III.- LA "PIGNUS" O CONTRATO DE PRENDA Y LA HIPOTECA.

IV.- LA "FIDEJUSSIO" O CONTRATO DE FIANZA.

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO DE LOS MEDIOS PARA
GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

I.- NECESIDAD DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES.

Antes de entrar al estudio de los contratos de garantía se considera necesario partir de la base de saber cuál es la situación de un acreedor que no ha celebrado ningún contrato de garantía.

El Código Civil para el Estado de Veracruz, en su título consagrado al estudio de la concurrencia y la prelación de créditos nos señala en su artículo 2897 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."¹

¹ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 403.

Puede suceder que el deudor llegue a un estado de insolvencia. "El estado de insolvencia es una situación tal en la que las obligaciones exigibles del deudor, son superiores a su activo." ² En estas condiciones, no alcanzan los bienes del deudor para cubrir sus créditos.

Al presentarse el referido estado de insolvencia es cuando se aplica, en derecho, lo que dispone el artículo 2898 del citado ordenamiento legal: "Procede el concurso de acreedores siempre que el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. La declaración de concurso será hecha por el juez competente, mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles." ³ Siendo hasta dicha declaración de concurso que el acreedor que no celebre un contrato de garantía, puede intervenir en la gestión del patrimonio del deudor.

De lo anterior se desprende, que antes de que el deudor sea declarado en concurso puede hacer lo que quiera con sus bienes sin ningún impedimento. Razón por la cual, resulta la imperiosa necesidad para un acreedor de celebrar contratos de garantía, pues de lo contrario tendría que esperar dicha declaración para poder intervenir en el patrimonio del deudor, momento en el cual quizá ya no existan bienes suficientes en el activo de éste para responder por los créditos en su contra.

Existen determinadas hipótesis por las que un deudor puede llegar a ese estado de insolvencia, en que su pasivo es superior a su activo y sus bienes no alcanzan para cumplir sus obligaciones:

² Lozano Noriega, Francisco, "Derecho Civil, Contratos"; pág. 800.

³ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 403.

- 1.- El fraude que realice el deudor ocultando sus bienes mediante enajenaciones fraudulentas.
- 2.- La enajenación que efectúe el deudor de sus bienes en forma no fraudulenta.
- 3.- El supuesto en que el deudor aumente exageradamente su pasivo contrayendo deudas y disminuyendo así su activo patrimonial.
- 4.- La negligencia del deudor en el supuesto de que tenga que interrumpir la prescripción de créditos que tenga a su favor y por negligencia no lo haga.

Existiendo estos peligros o riesgos que pueden producir un estado de insolvencia en el deudor, es que se hace necesario que el acreedor en su afán por proteger su patrimonio celebre contratos de garantía mediante los que asegure el cumplimiento de obligaciones.

II.- CONTRATOS DE GARANTIA REALES Y PERSONALES.

Los principales medios para garantizar un crédito o una obligación son: las garantías reales y las personales. "Las primeras crean un derecho real en favor del acreedor sobre determinado bien que se afecta especialmente al pago del crédito, de suerte que con el producto de su venta y en forma preferencial, se hace pago al acreedor." ⁴ Este tipo de garantía es de aparición posterior, de una regulación más elaborada y que implica un desarrollo en las relaciones jurídicas, históricamente hablando. En cambio las garantías personales, son las primeras en aparecer, en un afán por proteger al acreedor.

⁴Concha Malo, Ramon; "La Fianza en México"; pág. 9.

Por lo que respecta a la segunda forma de garantía se puede decir que su objeto estriba en "garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor mediante el establecimiento o la creación de una pluralidad de deudores, de suerte que el riesgo que corre aquél, ya es menor, porque si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás codeudores."⁵

Los códigos derogados señalaban cuatro contratos de garantía: fianza, anticresis, prenda e hipoteca, en nuestro código vigente se ha suprimido la anticresis, que consistía en un contrato que creaba un derecho real de retención y que se constituía sobre bienes inmuebles.

La fianza es una seguridad personal, en tanto que como garantías reales encontramos en nuestro derecho: la prenda y la hipoteca.

Al comparar estas dos clases de garantías, se observa que la garantía real es superior a la personal, pues la hipoteca y la prenda protegen mejor la posición del acreedor que la fianza personal. Sin embargo, esta regla es correcta para el derecho moderno, pero para el derecho bizantino la regla admitía sus restricciones, ya que por la clandestinidad del sistema hipotecario, el acreedor hipotecario no tenía una posición tan segura como la tiene actualmente, en virtud de que los romanos carecían de un Catastro o Registro Público de Hipotecas lo que se prestaba a la realización de actos fraudulentos.

⁵ Sanchez Medal, Ramón; "De los Contratos Civiles"; pág. 389.

Por último cabe hacer mención que mientras que la garantía personal reposa directamente sobre la persona y es ejecutoria sobre sus bienes, la garantía real tiene su asiento en una cosa directamente, constituyendo esta la principal diferencia entre ambas.

III.- LA "PIGNUS" O CONTRATO DE PRENDA Y LA HIPOTECA.

En el derecho moderno la diferencia entre estos dos conceptos estriba en que, en el caso de la prenda, el acreedor obtiene la posesión del bien que garantiza el cumplimiento por parte del deudor mientras que en el caso de la hipoteca, este bien no se entrega al acreedor.

"En el derecho romano prejustinianeo, no encontramos aun esta diferencia; allí pignus (prenda) e hipoteca son dos términos para lo mismo, y para designar las diferencias entre un derecho real de garantía con desposeimiento o no, del deudor, se utilizan, respectivamente los términos pignus contractum y pignus conventum."⁶

Sin embargo, en tiempos bizantinos se introduce ya la terminología moderna, y así hablamos de pignus si el objeto es entregado al acreedor, pero de hipoteca si el acreedor no recibe la posesión.

En el antiguo derecho romano no se conocía la relación jurídica de prenda tal y como es concebida actualmente. Podía alcanzarse el mismo resultado económico

⁶ Guillermo F. Margadant S.; "Derecho Romano"; Pág. 290.

de esta institución (garantizar el cumplimiento de obligaciones) por medio de otros recursos jurídicos, pero no existía un acto encaminado directa y especialmente a tal fin. para asegurar un crédito mediante garantías reales se ofrecían otros caminos.

El primero, consistió en transmitir directamente al acreedor la propiedad de la cosa prendada mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, sin necesidad de ponerle materialmente en posesión de ella. Es decir, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía como préstamo, y se obligaba a volver a vender el objeto al deudor dentro de cierto plazo a cambio de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, más los intereses. Así en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad sujeta a un pacto de retroventa.

En el derecho romano, el efecto de la promesa de retroventa se solía introducir en la venta por un *pactum fiduciae* (fiducia), que facultaba al deudor a exigir la retroventa. La fiducia -fe- entrañaba la cláusula de comiso, es decir, que si el deudor no cumplía a su debido tiempo la obligación, perdía todo derecho a la prenda, y el acreedor quedaba desligado del pacto de fiducia, adquiriendo la propiedad de la cosa, libre de toda traba. El acreedor adquiriría la cosa en función de pago, a cambio de lo cual el deudor si bien quedaba libre de toda responsabilidad, perdía el derecho a reclamar lo que pudiese valer de más la cosa.

Frecuentemente en las enajenaciones con pacto de fiducia, el acreedor fiduciario otorgaba al deudor la

detención y uso de la cosa prendada a título de arrendamiento o de precario (préstamo de uso revocable en cualquier momento al arbitrio del acreedor). Sin embargo se trataba de una práctica evidentemente peligrosa para el acreedor, pues podía suceder que el deudor celebrara fraudulentamente la misma operación (fiducia y precario) con respecto de un mismo objeto, pero con diversos acreedores.

En la época imperial se introduce en la fiducia en pactum de vendendo, mediante el cual la prenda deja de ser comisoría y adquiere un contenido económico-pecuniario, sin privarle ya al deudor de su derecho al remanente.

Fuera de los peligros que podían nacer para los acreedores de la combinación de la fiducia con el precario, las enajenaciones con pacto de fiducia ofrecían plena garantía para el acreedor, no resultando así para el deudor, quien en este sistema encontraba graves inconvenientes:

* El acreedor abusando de su derecho, podría enajenar prematuramente la cosa, por tanto el deudor que pagaba no estaba seguro de recuperarla, porque no tenía un derecho real sobre el bien en cuestión, sino solamente un derecho personal contra el acreedor. Así pues, aunque se le indemnizara su valor, el deudor perdía la cosa.

* El deudor no estaba asegurado de conservar la detención y el uso de la cosa, porque el acreedor podía negarse a dejársela ya sea a título de arrendamiento o de precario.

* Muchas veces el bien tenía valor muy superior al préstamo, a pesar de lo cual el deudor no podía servirse del mismo bien como garantía de otros préstamos.

* Por último tenemos que, en caso de quiebra del acreedor, el bien entregado por el deudor respondía de las deudas de aquél puesto que era de su propiedad.

Así pues, en razón de estos inconvenientes se hace necesario crear una nueva forma de garantía.

La situación del deudor mejoró al introducirse la prenda posesoria. Esta consistía en que el deudor entregaba al acreedor la simple posesión de la cosa prendada, su plena posesión jurídica más no su propiedad. Esta relación jurídica de garantía recibe el nombre característico de "pignus" (pignus contractum). Con este sistema, el deudor se ve libre de los peligros de la fiducia, puesto que conserva la propiedad y con ella el derecho de reivindicar la prenda de manos de cualquier persona. El acreedor en cambio, se hallaba más indefenso, si bien poseía materialmente la cosa. Le faltaba un derecho real sobre ella. No podía venderla para cobrarse de su valor si el deudor no cumplía.

Para que el acreedor pudiera cobrarse privadamente de la cosa fue necesario un pacto especial, el pacto de vendendo, que fue cada vez más frecuente en la práctica jurídica romana. Merced a este pacto, la prenda posesoria (al igual que la fiducia) sufre transformaciones: se permite que el acreedor venda la cosa y se cobre de ella, devolviendo al deudor el remanente si lo hubiere.

No obstante el notorio avance de este sistema de garantía con relación al anterior, subsistían inconvenientes para el deudor, tales como el desposeimiento de un objeto que quizá necesitara para su trabajo y la imposibilidad de utilizarlo como garantía de otro préstamo.

De este sistema a la reforma definitiva no había más que un paso: crear un medio en que no fuese preciso transferir al acreedor la posesión de la cosa prendada, ni se despojase nunca de la propiedad al deudor, haciendo compatible el derecho real de éste a reivindicarla con el reconocido al acreedor para que en caso necesario ejecutase sobre ella el crédito, cobrándose de su valor.

La solución nació de la relación existente entre el inquilino rural y el arrendador de una finca rústica. El inquilino empeñaba al arrendador sus ganados, aperos y demás accesorios de cultivo, para que respondieran por las rentas. Naturalmente el inquilino conservaba la propiedad y la posesión de estos objetos que necesitaba para trabajar.

Los derechos del acreedor (concedidos por el preator romano a través de un *interdictum Salvianum*) consistían en pedir la posesión de dichos bienes, en caso de incumplimiento. Además, en tal caso, el acreedor tendría derecho de venderlos y de cobrar su crédito devolviendo el excedente (la hiperrocha) al deudor. También podía otorgarse al acreedor el derecho de convertirse en propietario de los bienes en caso de tal incumplimiento. Por su parte el deudor se hallaba suficientemente protegido por el derecho real reivindicatorio que le asistía en virtud de su propiedad.

Sin embargo, no había aquí todavía una protección real para el acreedor en el caso de que el deudor vendiera los bienes embargados, ya que el acreedor sólo tenía una acción personal contra el deudor y no disponía de una acción real para pedir a terceros la entrega de los bienes en cuestión. Posteriormente fue creada por el pretor romano una acción de carácter real (la *actio serviana*), que permitía al acreedor reclamar los bienes a cualquier tercero. Gracias a este instrumento la prenda convencional entra de lleno a la vida jurídica, extendiéndose a otras relaciones, además de la existente entre el acreedor de una finca rústica y su inquilino. Así pues, la prenda convencional, es lo que se conoce en la actualidad como la hipoteca moderna.

"La antigua fiducia desaparece del *corpus iuris* con la *mancipatio* y la *in iure cesio*. Los compiladores cambian el término original de la fiducia por los de *pignus* e *hypotheca*. la voz hipoteca, usada para significar la prenda convencional y distinguirla del *pignus*, en su sentido estricto de prenda posesoria."⁷

A pesar de que la hipoteca (prenda convencional) resultó ser el sistema más avanzado de garantía, para que el deudor respondiese por el cumplimiento de sus obligaciones, debido a que no le priva de la posesión de las cosas lo que le permite utilizarlas para hacerse de los medios necesarios para cubrir sus compromisos, la prenda subsiste por la sencilla razón de que hay cosas que no pueden asegurarse sino mediante su desposesión.

⁷ Sohm, Rodolfo; "Derecho Romano"; pág. 192.

Tal es el caso de las cosas muebles, que pueden ser ocultadas si se dejan en poder del deudor, por lo que la hipoteca que se constituyese sobre este tipo de cosas, no sería efectiva, pues bastaría con que el deudor lleve tales cosas a otro lugar y las venda, para que burle al acreedor, razón por la cual a subsistido la prenda.

IV.- LA "FIDEJUSSIO" O CONTRATO DE FIANZA.

Es cierto que en principio los romanos prefirieron la garantía personal. Esto se explica por el estado de la sociedad romana durante los primeros siglos. Al lado de un cierto número de familias enriquecidas, la mayoría de la población se componía de labradores y de pastores frecuentemente arruinados por las constantes guerras. Cuando recurrieran al préstamo, sus bienes no podían ofrecer al acreedor una seguridad real suficiente, hallaba este una garantía mucho más eficaz en la intervención de los amigos o parientes del prestatario. De ahí el empleo tan frecuente del procedimiento de fianza.

Sin embargo, hacia fines de la República se produce un cambio, los principios rigurosos a los que estaban sometidos los fiadores en el derecho antiguo, son moderados por varias leyes que, al mismo tiempo que mejoraban su condición, disminuían la garantía que prestaban al acreedor.

En los comienzos del Imperio, la seguridad real, realizada hasta allí por procedimientos bastante imperfectos, como la *mancipatio* con *fiducia* y la *pignus*, de

que ya hablamos anteriormente, reviste una forma más perfeccionada: la hipoteca. A partir de este momento la preferencia de los antiguos romanos por la garantía personal tiende a atenuarse. Sin embargo la hipoteca, que careció de publicidad, quedó siempre en Roma como un instrumento imperfecto y no superó nunca a la fianza, que gracias a las ventajas que le son propias, no cesó de practicarse, aunque de manera menos exclusiva.

La fianza en el derecho romano se formalizaba mediante la celebración de un contrato "verbis" que consistía en la pronunciación de palabras solemnes, que hacían más preciso y más cierto el consentimiento de las partes.

En el derecho romano desde fines de la República se distinguieron cuatro clases de contratos: los contratos verbis, ya comentados anteriormente; el contrato litteris el cual exigía menciones escritas; los contratos re, los cuales no eran perfectos sino por la entrega al deudor de la cosa (depósito o prenda); por último, los contratos formados solo censu, por el sólo acuerdo de las partes (venta, arrendamiento y mandato).

Continuando con la clase de contratos sujetos a estudio, se tiene que en la época clásica existieron tres tipos de contratos verbis: la estipulación, la dictio iuris y el jusjurandum liberti, todos ellos de carácter unilateral y de derecho estricto. Pero mientras que la estipulación era de uso general, los otros dos tenían aplicaciones muy limitadas. En la época de Justiniano, la dictio iuris cae en desuso y el jusjurandum liberti no se emplea sino muy

raramente, la estipulación por el contrario no hace sino desarrollarse.

"La estipulación era una manera de contratar, que consistía en una interrogación al efecto de obligar hecha por el que quería hacerse acreedor seguida de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta hecha por el que consintiese en hacerse deudor."⁶

La estipulación sometía el acuerdo de las partes a las siguientes condiciones de forma:

- 1.- Era preciso una interrogación seguida de una respuesta formulada oralmente.
- 2.- Era preciso que la respuesta fuera conforme a la pregunta.
- 3.- Era preciso que hubiera continuidad entre la pregunta y la respuesta.

Cuando los romanos hacían una estipulación tenían la costumbre de redactar un escrito, llamado instrumento o cautio. Dicho documento contenía el objeto del contrato, el cumplimiento de las formalidades, y terminaba con los nombres y los sellos de los testigos que habían asistido al acto. Este escrito no era una condición necesaria para la validez de la estipulación, pero era útil desde el punto de vista de la prueba.

La antigüedad y la comodidad del contrato de estipulación hicieron de la fianza durante largo tiempo, el único procedimiento empleado para realizar compromisos.

⁶ Petit Eugene; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; pág. 334.

En el derecho romano se designó en general bajo el nombre de adpromissor (fiador) al que se comprometía accesoriamente con el deudor principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia de aquél. Bajo esta designación general se comprendían tres especies: los sponsors, los fidepromissores y los fidejussores.

Los sponsors existieron únicamente en los comienzos, cuando la estipulación no estaba abierta más que a los ciudadanos romanos. Posteriormente, cuando se hace accesible a los extranjeros aparecen los fidepromissores, que podían ser ciudadanos o extranjeros, pero que estaban sometidos a los mismos principios rigurosos que los sponsors. Por último, aparece una tercera clase de adpromissores: los fidejussores, con una esfera de aplicación más amplia, que conducen poco a poco al desuso de los sponsors y fidepromissores.

Los sponsors y los fidepromissores, estaban regidos por los mismos principios. La obligación no pasaba a sus herederos, excepto cuando se trataba de un fidepromissor extranjero, cuyo derecho civil propio admitía otra regla. La fianza podía ser por menos del valor del objeto de la obligación, pero no por más, (a este respecto, el derecho romano era más riguroso que el moderno, ya que la fianza romana con efecto más pesado era totalmente nula). Las excepciones personalísimas que tuviera el deudor principal, no aprovechaban igualmente al fiador (principio adoptado por el derecho moderno). Si alguien se había ofrecido como fiador contra la voluntad del deudor, y luego hubiese tenido que pagar la deuda de éste, no tenía recurso contra el deudor, y su cumplimiento se consideraba como una donación

(esta solución ha sido rechazada por el derecho moderno). El acreedor podía, si lo estimaba oportuno, reclamar directamente al fiador el monto total de la obligación, aun antes de haber reconvenido al deudor principal (en el derecho actual existe el beneficio de excusión, más sin embargo es renunciables). En el caso o supuesto de que hubiera pluralidad de fiadores el acreedor podía exigir a cualquiera de ellos, a su elección, el monto total de la deuda (en el derecho moderno existe el beneficio de división, que de igual forma es renunciable).

El romano consideraba un deber de honor el hecho de ser fiador de sus amigos. Por lo que juristas romanos introdujeron poco a poco reglas especiales, cuyo efecto era hacer el compromiso de los sponsors y los fidepromissores menos oneroso:

- 1.- La Lex Apuleya.- Que permitió al fiador exigir que el acreedor repartiera la responsabilidad entre los cofiadores solventes.
- 2.- La Lex Furia.- Que permitió la repartición de responsabilidades entre todos los cofiadores, solventes o no, limitando, además, el plazo para exigir responsabilidades, a los fiadores a un máximo de dos años.
- 3.- La Lex Cicereia.- Que obligaba al acreedor a comunicar a cada fiador quiénes eran sus cofiadores.
- 4.- La Lex Cornelia.- Que limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor a un máximo anual de determinada cantidad. Pasando de ella el compromiso era nulo.

La mayor parte de estas reglas disminuían la garantía ofrecida por los sponsors y los fidepromissores. Por lo que estas dos clases de cauciones cayeron en desuso desde fines de la época clásica. estas medidas obligaron a acudir finalmente, a otra figura jurídica que tenía el mismo objeto, la fidejussio, también un contrato verbis (estipulatio).

La fidejussio fue creada para escapar de estas reglas estrechas que empeoraron notablemente la situación del acreedor. Sin embargo sea cual haya sido su resultado, fue la única forma de fianza que subsistió realizada por la estipulatio.

A esta figura jurídica (fidejussio) se introdujo bajo el emperador Adriano el beneficio de división (beneficium divisionis), es decir, el derecho a pedir que el acreedor hiciera efectivo su crédito por partes iguales entre los fiadores presentes y solventes.

Justiniano introdujo posteriormente otro beneficio a favor de los fiadores: el beneficio de excusión (beneficium excussionis o beneficium ordinis), por el cual el fiador podía exigir que el acreedor reconviniera de pago primero al deudor, antes de dirigirse a él (siempre que el deudor estuviere presente y fuere solvente).

Este nuevo beneficio, concedido al fiador, añadió al carácter accesorio de la fianza, un carácter subsidiario.

C A P I T U L O I I

FIANZA CIVIL, ASPECTOS GENERALES.

I.- NOCION

II.- CONCEPTO DE FIANZA.

III.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO.

IV.- EFECTOS O CONSECUENCIAS QUE SE PRODUCEN POR LA
CELEBRACION DEL CONTRATO.

V.- FORMAS DE EXTINCION DE LA FIANZA.

FIANZA CIVIL, ASPECTOS GENERALES.

I.- NOCION.

La fianza, como se apuntó anteriormente, es una garantía personal. El acreedor en vez de correr el riesgo de la insolvencia de su deudor, hace añadir otro u otros deudores accesorios. Aumentando con esto sus posibilidades de pago, ya que será más difícil que dos o más personas queden en la insolvencia a que una de ellas quede en ese estado.

Sin embargo, la fianza no constituye una garantía suficiente, si bien aumenta las posibilidades de pago, no elimina totalmente el riesgo de que el fiador o fiadores (asi sean diez o más) se queden en la insolvencia. Nada impide que el fiador o fiadores al día siguiente de celebrar un contrato de fianza se desprendan de sus bienes.

No obstante lo anterior, la fianza se aplica con frecuencia por razones prácticas, ya que es más factible que una persona acepte otorgar una fianza, que no implica una inmediata salida de fondos, sino sólo un desembolso

eventual, a que acepte afectar un bien de su propiedad (con o sin desposeimiento) al posible pago de una deuda.

II.- CONCEPTO DE FIANZA.

El Código Civil vigente para el Estado de Veracruz en su artículo 2727 nos define a la fianza señalando que "...Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace." ⁹

El contrato de fianza, por lo tanto se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor. El tercero (fiador) se compromete, se obliga frente al acreedor a pagar en el caso de que el deudor no cumpla. De tal modo que en dicho negocio jurídico es irrelevante la voluntad del deudor, ya que la fianza puede otorgarse, con la anuencia del deudor, sin ella o incluso aun en contra de su voluntad.

De la definición que señala nuestro Código se desprende claramente el carácter accesorio de la fianza, ya que es un contrato que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente (deudor-acreedor).

Es necesario precisar qué es lo que se obliga a pagar el fiador en caso de incumplimiento del deudor, al respecto el artículo 2732 del referido Código nos señala que: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el

⁹ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 379.

deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor." ¹⁰ Y el 2733 nos dice: "Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado." ¹¹ De donde se desprende la posibilidad de que através de la fianza se garanticen aparte de obligaciones de dar, obligaciones de hacer.

Aunque es acertada la definición que establece nuestro Código, parece más completa en atención a lo expuesto con anterioridad, la propuesta por el maestro Rafael Rojina Villegas: "La fianza se define como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace." ¹²

III.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO.

Es accesorio.- Esta es su característica fundamental, ya que todos los contratos de garantía son accesorios. Esta característica se desprende de una de las causas de terminación de estos contratos, la llamada por vía de consecuencia, porque extinguida la deuda principal, se extingue también el contrato de garantía. Ya que no se puede concebir la existencia de lo accesorio sin que exista lo principal.

¹⁰ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 379.

¹¹ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 379.

¹² Rojina Villegas, Rafael; "Compendio de Derecho Civil"; pág. 359.

Es unilateral.- Ya que sólo engendra obligaciones para uno sólo de los contratantes (el fiador) y derechos para el otro.

Es gratuito.- Ya que el fiador contrae frente al acreedor obligaciones: La de cumplir si el deudor no lo hace, no obteniendo un beneficio o una ventaja, solamente una carga, la obligación de cumplir por el deudor si éste no lo hace. El contrato es gratuito porque no hay reciprocidad en los provechos y en los gravámenes, sino que los beneficios son para el acreedor y las cargas para el fiador.

Es nominado.- Porque la Ley lo reglamenta, dándole un nombre, señalando sus elementos y determinando sus consecuencias.

Es consensual.- Nuestro Código Civil adopta la consensualidad de los contratos como regla general, señalando en su artículo 1765 que: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley." ¹³

En consecuencia, si no existe disposición jurídica que establezca alguna formalidad para el contrato de fianza, como de hecho no lo hay, debemos de concluir que el contrato de fianza es consensual.

Sin embargo, por la necesidad de la demostración y para que pueda probarse de manera fehaciente la celebración

¹³ Código Civil para el Estado de Veracruz, pág. 245.

de un contrato de fianza, se ha generalizado el que se otorgue por escrito.

En la práctica es normal que cuando se afianzan obligaciones emanadas de un contrato, se dé a la fianza la misma forma que para la validez de tal contrato exige la Ley.

IV.- EFECTOS O CONSECUENCIAS QUE SE PRODUCEN POR LA CELEBRACION DEL CONTRATO.

Tan pronto como se perfecciona el contrato de fianza, se producen efectos entre los contratantes, como en cualquier otro contrato, pero en éste, también se producen efectos en relación con otras personas, que son el deudor a quien se le está afianzando y otros fiadores que pudieran existir dentro del mismo crédito.

Desde un punto de vista estricto, los efectos de la fianza sólo se generan entre las partes acreedor y fiador, y para el deudor y los demás fiadores se producen consecuencias que son motivadas indirectamente por la celebración de la fianza.

a) Efectos entre el fiador y el acreedor.

El contrato de fianza es, como se comentó anteriormente, unilateral porque sólo genera obligaciones para el fiador. Sin embargo, dentro de esas obligaciones el fiador tiene derechos como son el gozar de los beneficios de

orden y excusión y el oponer excepciones, ante el requerimiento de pago del acreedor.

El beneficio de orden es el derecho que tiene el fiador, para no ser demandado si antes no lo es el deudor. Es decir, el acreedor no puede demandar al fiador sin que antes reconvenga al deudor. Para que proceda este derecho se requiere que no se haya renunciado a él y que se haga valer.

El beneficio de excusión consiste en que el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en bienes del deudor principal y sólo que éste sea insolvente, de tal modo que la obligación no pueda cumplirse, podrá ejecutarla en bienes del fiador. para que proceda el derecho del fiador a este beneficio se requiere que no haya renunciado a él; que lo haga valer; que señale bienes propiedad del deudor que basten para cubrir el crédito, que se encuentren dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago, y que anticipe los gastos de excusión.

No procede el beneficio de excusión: cuando se renunció a él; en los casos de concurso o insolvencia probada del deudor; cuando el deudor no pudiere ser demandado en la República, o se ignore su paradero siempre que llamado por edictos no compareciere ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación, y cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador.

Si el fiador renuncia al beneficio de excusión, y no al de orden el acreedor podrá demandar al fiador, sólo después de haber exigido judicialmente el pago al deudor. En

tal caso demandado el fiador como no cuenta con el beneficio de excusión, el acreedor podrá ejecutar la sentencia en los bienes de este antes que en los del deudor.

Si el fiador renuncia al beneficio de orden, pero no al de excusión, el acreedor podrá demandar al mismo tiempo al deudor principal y al fiador, o incluso, puede demandar primero a este último. De tal suerte, si se demanda primero al fiador, como cuenta con el beneficio de excusión, no puede ser ejecutado en sus bienes sin que previamente se embarguen los del deudor. Consecuencia de lo anterior es que, en dicho supuesto, el acreedor deba demandar al mismo tiempo al deudor y al fiador, para así poder hacer excusión en los bienes del primero, y sólo que éste no tuviese los suficientes para pagar podrá ejecutar en bienes del fiador. Al respecto el Código Civil para nuestro Estado nos dice que: "Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no al de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos." ¹⁴

En cuanto a las excepciones que puede oponer el fiador, ante el requerimiento de pago del acreedor, tenemos que el fiador puede oponer todas las excepciones que sean inherentes tanto a la propia fianza, como a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor, como la falta de capacidad por ejemplo.

¹⁴ Código Civil para el Estado de Veracruz, pág. 382.

En tal forma, el fiador puede oponer como excepciones, entre otras, la compensación o la remisión ya sea entre fiador y acreedor o entre deudor y acreedor.

B) Efectos entre el fiador y el deudor.

Los derechos que tiene el fiador a cargo del deudor de la obligación garantizada, no se desprenden directamente del contrato de fianza, porque el deudor no es parte en él, sino que los impone en forma inmediata la Ley y el contrato sólo es el activador de la hipótesis normativa.

Como quedo asentado con anterioridad, el fiador puede garantizar el cumplimiento de la obligación, a ruego del deudor, sin su oposición o en contra de su voluntad.

Si el fiador celebra el contrato a ruego del deudor, que es la situación más normal, o sin su oposición (ya sea que esté enterado o no), tendrá derecho una vez que ha pagado a ser indemnizado por el deudor: de la deuda principal, de los intereses respectivos, así como de los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

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

C) Efectos entre el fiador que ha pagado y sus cofiadores.

En el supuesto de que existan varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que paga tiene derecho al beneficio de división.

El beneficio de división, es pues, el derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda, la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer. Sólo que alguno de ellos resultare insolvente, dicha parte recaerá sobre todos los demás fiadores en proporción. Para que proceda este beneficio sólo se requiere que no se haya renunciado a él y que se haga valer.

El beneficio no procede en los siguientes casos: cuando se ha renunciado expresamente; cuando cada uno de los fiadores se ha obligado mancomunadamente con el deudor; cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador que pagó y cuando alguno de los fiadores no pueda ser demandado en la República o se ignore su paradero, siempre que llamado por edictos no comparezca y no tenga bienes embargables en el lugar en donde deba cumplirse su obligación.

V.- EXTINCION DE LA FIANZA.

La fianza civil se puede extinguir por vía de consecuencia, por vía directa y por caducidad.

Extinción por vía de consecuencia.

El principio general de extinción de la fianza consiste en que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación garantizada. Así tenemos que la fianza se extinguirá, entre otras causas, por la prescripción, rescisión o nulidad de la obligación principal.

Extinción por vía directa.

La extinción por vía directa se presenta cuando existe alguna causa que sólo implica la terminación exclusiva del contrato de fianza quedando subsistente la obligación principal. A ejemplo de estas causas tenemos la confusión, compensación o remisión que ocurra entre el fiador y el acreedor.

Caducidad de la fianza.

El derecho del acreedor se extingue por caducidad en los siguientes casos:

* Si el fiador se ha obligado por tiempo determinado, cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de su obligación dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando deje de promover sin causa justificada por más de tres meses, en el juicio entablado en contra del deudor.

* Si el fiador se ha obligado por tiempo indeterminado, cuando el acreedor no ejercite sus derechos contra el deudor dentro del plazo de un mes a partir de que el fiador le pida

que promueva judicialmente, cuando la deuda principal sea exigible, o cuando deje de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado en contra del deudor.

Casos especiales de extinción.

* Cuando por un hecho imputable al acreedor "culpa o negligencia" no puedan cederse sus derechos o privilegios en contra del deudor, al fiador en el momento de hacer el pago. (Artículo 2778 del Código Civil para el Estado de Veracruz).

* La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador. (Artículo 2779 del Código Civil para el Estado de Veracruz).

* Cuando por virtud de la quita o pago parcial la obligación principal queda sujeta a nuevos gravámenes o condiciones. (Artículo 2780 del Código Civil para el Estado de Veracruz).

C A P I T U L O I I I

DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA MERCANTIL.

I.- NOCION.

II.- CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA
MERCANTIL.

III.- DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE
EMPRESA.

IV.- CONCEPTO DE FIANZA DE EMPRESA.

DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA MERCANTIL.

I.- NOCION.

En el capitulo anterior se ha ya precisado el concepto de fianza, sus características, los efectos o consecuencias que genera, así como sus formas de extinción, pero todo ello enfocado al derecho civil, es decir a la fianza como figura de dicha rama del derecho.

Sin embargo el contrato de fianza, al igual que tantos otros surgidos dentro del derecho civil (compraventa, arrendamiento, préstamo. etc.), en la actualidad se muestra tanto en el campo del derecho civil, como en el campo del Derecho Comercial (mercantil).

No siempre es fácil distinguir estos contratos, y tratándose de la fianza, la dificultad se agrava, por razón de su carácter accesorio, esto es, su existencia siempre dependiente de una obligación principal.

Nuestro Código de Comercio no contiene una regulación concreta y específica de la figura que comentamos

(fianza mercantil), ni tampoco se haya regulada por una Legislación Mercantil especial, a excepción de la denominada fianza de empresa, regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pero que no es la única forma de fianza mercantil existente en nuestro Derecho.

Por esta razón se ha cuestionado, la posibilidad de que exista un contrato mercantil de fianza, distinto de la ya señalada fianza de empresa, por lo que resulta necesario establecer un criterio distintivo entre la fianza civil y la mercantil.

II.- CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA MERCANTIL.

El punto de partida es claro, toda fianza de empresa es mercantil, al respecto el artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala 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,... Excepción hecha de la garantía hipotecaria."¹⁵

El siguiente punto parece también claro, puesto que esta colocado en el extremo opuesto. El artículo 2744 del Código Civil para nuestro Estado establece que: "Quedan sujetas a las disposiciones de este título (De la fianza), las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza; que nos las

¹⁵ Ley Federal de Instituciones de Fianzas; pág. 9.

anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio, y que no se empleen agentes que las ofrezcan." ¹⁶

Como consecuencia del precepto anterior algunos autores afirman que, será mercantil aquella fianza que se otorgue en forma sistemática, por medio de póliza, con publicidad y a través de agentes, y las que nos se otorguen así serán civiles.

Sin embargo, lo anterior sólo es un sofisma, puesto que la única conclusión válida que se obtiene de la interpretación de tal precepto es que la fianza civil no puede otorgarse en la forma señalada, pero no que todas las fianzas mercantiles tengan que ser otorgadas de dicha manera.

El hecho de que no se considere a la fianza de empresa como la única forma de fianza mercantil que existe, resulta del análisis que se realice del artículo 75 del Código de Comercio, que nos señala los actos a los que la Ley reputa como de comercio.

De donde se desprende que una fianza otorgada en garantía de un contrato de comercio marítimo no puede considerarse sino mercantil, pues la fracción XV del artículo citado es muy clara al señalar que: "Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior" ¹⁷ se reputan actos de comercio.

De igual forma sucede con el contrato de fianza cuando se celebre entre comerciantes o banqueros, siempre y

¹⁶ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 380.

¹⁷ Código de Comercio; pág. 12.

cuando no se garantice una deuda puramente civil. Ya que al respecto la fracción XXI del referido precepto señala que se reputan actos de comercio "Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil." ¹⁸

Como se observa se encuentra válidamente fundamentado el hecho de que la fianza de empresa no sea la única considerada de naturaleza mercantil.

Muy autorizadas opiniones como la de los maestros Omar Olvera de Luna y Ramón Sánchez Medal sostienen el criterio de que todas las fianzas deben seguir la suerte de la obligación garantizada. Este criterio lo sustentan en un principio de economía procesal, pues de ese modo el acreedor podría demandar al deudor y al fiador en un mismo juicio. Al respecto se considera que aunque tal principio podría ser justificativo, jurídicamente no resulta suficiente para aceptar tal postura.

Mi opinión personal concuerda con la del Licenciado Ramón Concha Malo quien afirma: "En efecto se ha dicho, y con razón, que el principio de que *accessorium sequitur principal*, no llega hasta el extremo de variar la naturaleza civil o mercantil de un acto, por lo que bien se podrá dar una fianza meramente civil en garantía de una obligación mercantil, o una fianza mercantil en garantía de una deuda puramente civil." ¹⁹

Dicha idea la sustenta tomando como ejemplo la fianza otorgada por una empresa afianzadora como garantía

¹⁸ Código de Comercio; pág. 12.

¹⁹ Concha Malo, Ramón; "La Fianza en México"; pág. 53.

cuando no se garantice una deuda puramente civil. Ya que al respecto la fracción XXI del referido precepto señala que se reputan actos de comercio "Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil." ¹⁸

Como se observa se encuentra válidamente fundamentado el hecho de que la fianza de empresa no sea la única considerada de naturaleza mercantil.

Muy autorizadas opiniones como la de los maestros Omar Olvera de Luna y Ramón Sánchez Medal sostienen el criterio de que todas las fianzas deben seguir la suerte de la obligación garantizada. Este criterio lo sustentan en un principio de economía procesal, pues de ese modo el acreedor podría demandar al deudor y al fiador en un mismo juicio. Al respecto se considera que aunque tal principio podría ser justificativo, jurídicamente no resulta suficiente para aceptar tal postura.

Mi opinión personal concuerda con la del Licenciado Ramón Concha Malo quien afirma: "En efecto se ha dicho, y con razón, que el principio de que *accessorium sequitur principal*, no llega hasta el extremo de variar la naturaleza civil o mercantil de un acto, por lo que bien se podrá dar una fianza meramente civil en garantía de una obligación mercantil, o una fianza mercantil en garantía de una deuda puramente civil." ¹⁹

Dicha idea la sustenta tomando como ejemplo la fianza otorgada por una empresa afianzadora como garantía

¹⁸ Código de Comercio; pág. 12.

¹⁹ Concha Malo, Ramón; "La Fianza en México"; pág. 53.

del pago de rentas en un arrendamiento de casa habitación, en este caso, lo accesorio no siguió la suerte de lo principal, pues por disposición de la Ley se consideran absolutamente mercantiles las fianzas de empresa.

En resumen, se tiene que se consideran mercantiles aparte de la fianza de empresa, la otorgada por comerciantes o banqueros (siempre y cuando no se garantice una deuda puramente civil), y desde luego la fianza otorgada en garantía de un contrato de comercio marítimo o de navegación interior o exterior, opinión también compartida por el tratadista Miguel A. Zamora y Valencia.

III.- DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA DE EMPRESA.

Como quedo establecido en el punto anterior la fianza de empresa no es la única que puede considerarse de naturaleza mercantil, sin embargo se piensa que en el campo del Derecho Mercantil es la que reviste mayor importancia. Es por ello que después de haber establecido los criterios de distinción entre la fianza civil y la mercantil, se pretende hacer un estudio comparativo entre la fianza civil y la de empresa:

a) La fianza civil encuentra su regulación en el Código Civil; en tanto que la fianza de empresa se encuentra regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de manera supletoria por la legislación mercantil.

b) La fianza de empresa únicamente puede ser otorgada por una sociedad mercantil que tenga concesión del Gobierno Federal, correspondiendo otorgar dicha concesión discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda Y Crédito Público; en tanto que una fianza de carácter civil puede ser otorgada por cualquier individuo o compañía, siempre que sea en forma accidental (no habitual).

c) Las Instituciones de fianzas tienen por objeto el otorgar fianzas a título oneroso; en tanto que toda persona física o moral distinta a estas Instituciones tiene prohibido otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

d) La fianza de empresa se celebra mediante contratos de adhesión (contrato-solicitud), según textos previamente aprobados por la Autoridad administrativa de control y vigilancia, en donde la contraparte no tiene la posibilidad de discutir el contenido del contrato; en tanto que en la fianza civil, fiador y acreedor están en posibilidad de discutir el contenido del contrato, no importando que su otorgamiento sea pactado en el contrato principal o fuera de él.

e) Las Instituciones de fianzas sólo asumen obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas; en la fianza civil no existe la figura de la póliza.

f) En la fianza de empresa las Instituciones otorgantes no gozan de los beneficios de orden y excusión. Por lo que en consecuencia, la fianza de empresa no plantea, como la civil, una obligación subsidiaria, sino solidaria, y con

ello adquiere una fisonomía completamente diferente a la civil.

g) La fianza de empresa tiene su fuente, en una declaración unilateral de voluntad de la empresa afianzadora, hecha al emitir la póliza, y en ejecución de la obligación contraída, en ese sentido con el fiado o solicitante; En tanto que la fuente obligacional en la fianza civil es el contrato que se celebra entre fiador y acreedor (a excepción de las fianzas otorgadas como consecuencia de una disposición legal o de una providencia judicial, mismas que serán analizadas con posterioridad).

IV.- CONCEPTO DE FIANZA DE EMPRESA.

Por lo que al concepto de fianza de empresa se refiere se puede decir que, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no lo consigna, y no se puede inferir que el que suministra el Código Civil corresponda también al de fianza de empresa por las diferencias mencionadas en el punto anterior.

Tomando opiniones de diversos autores se propone el siguiente concepto de fianza de empresa, que si bien es un tanto cuanto descriptivo, señala con claridad los elementos característicos de dicha figura:

Fianza de empresa es aquella que otorga en forma habitual y profesional una Sociedad mercantil, concesionada por el Estado para tal efecto y mediante la cual dicha empresa se obliga solidariamente con el fiado, a pagar una

deuda a cargo del mismo, a cambio de una prima que se obliga a pagar el contratante.

C A P I T U L O I V

CLASIFICACION DE LAS FIANZAS ATENDIENDO AL ORIGEN DE LA OBLIGACION.

I.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS.

II.- FUENTE OBLIGACIONAL.

III.- FIANZA CONVENCIONAL, FORMA IMPERFECTA PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.

CLASIFICACION DE LAS FIANZAS ATENDIENDO AL ORIGEN DE LA OBLIGACION.

I.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS.

Atendiendo al origen de la obligación de otorgar una fianza nuestro Código Civil nos señala tres tipos de fianzas: la fianza convencional, la legal y la judicial.

a) Fianza Convencional.- Es aquella cuya obligación de otorgamiento deriva únicamente de la voluntad de las partes, ya sea que su otorgamiento se haya pactado en el contrato principal o fuera de él.

Este tipo de fianza es al que se ha referido la presente tesis en forma por demás amplia.

b) Fianza Legal.- La fianza es legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la Ley. es decir, dicha obligación surge como consecuencia de una disposición legal. Como ejemplos se citan los siguientes:

* La fianza que debe otorgar el tutor que va a entrar en la administración de los bienes de un incapaz, para asegurar la responsabilidad en que puede incurrir con motivo del manejo de los fondos que va a tener a su cuidado. (artículo 449 fracción II del Código Civil para el Estado de Veracruz).

* La fianza que debe otorgar el albacea, dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento, para administrar los bienes hereditarios. (Artículo 1641 del Código Civil para el Estado de Veracruz).

* La fianza que debe otorgar el usufructuario para garantizar que disfrutará de las cosas con moderación, y que las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia. (Artículo 1039 fracción II del Código Civil para el Estado de Veracruz).

c) Fianza Judicial.- Es aquella que debe otorgarse como consecuencia de una providencia judicial. Algunos autores la definen como aquella a que condena un juez o tribunal. Como ejemplos se tienen los siguientes:

* La fianza que se otorga para que surta sus efectos la suspensión de los actos reclamados en un juicio de amparo. (Artículo 125 de la Ley de amparo).

* La fianza que debe otorgar quien promueve una providencia precautoria como acto prejudicial. (Artículo 191, 192 y 198 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz).

La fianza judicial se confunde a menudo con la fianza legal, ya que un juez no puede condenar a una persona a dar fiador si esta obligación no existe en Ley. Lo cual resulta obvio si se considera el principio de legalidad que impera en nuestro Derecho. De donde se desprende que en sentido estricto sólo existen fianzas convencionales y legales.

Sin embargo, nuestro Código contempla estos dos tipos de fianzas, que en sentido amplio observamos que presentan la siguiente diferencia: si bien la fianza judicial implica la presencia de una disposición legal, es necesario que se constituya por la intervención o mandato de un juez.

Por lo que se concluye que si bien toda fianza judicial es legal, no toda fianza legal es judicial.

A diferencia de la fianza convencional, cuando se trata de una fianza legal o judicial es indispensable que el fiador sea titular de bienes suficientes para responder de la obligación que pretende garantizar. Al respecto el artículo 2783 del Código Civil para nuestro Estado nos señala: "El fiador que haya de darse por disposición de la Ley o de providencia judicial, excepto cuando el fiador sea una institución de crédito, debe tener bienes raíces inscritos en el Registro de la Propiedad y de un valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga."²⁰

²⁰ Código Civil para el Estado de Veracruz; pág. 385 y 386.

Asimismo, es indispensable que la mencionada solvencia se acredite con un certificado expedido por el Encargado del Registro público de la Propiedad.

El otorgamiento de la fianza legal o judicial debe inscribirse en forma de anotación preventiva, al margen de la inscripción de propiedad correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia. En caso de que el fiador grave o enajene los bienes en que aparezca inscrita una anotación preventiva y de tal operaciones resultare su insolvencia estas se presumirán fraudulentas.

Cabe señalar, que tratándose de fianzas legales o judiciales, el fiador no goza de los beneficios de orden y excusión. Es decir, que al igual que en la fianza de empresa, el fiador no responde subsidiaria sino solidariamente de la obligación garantizada.

II.- FUENTE OBLIGACIONAL.

Por lo que respecta a la fianza convencional la fuente de la obligación fiadora, como se ha indicado anteriormente, es el contrato.

Sin embargo tratándose de fianzas legales y judiciales, no obstante que se encuentran también en el campo del derecho civil, no encajan en el concepto de contrato.

"Por lo que toca a la fianza judicial, la fuente es una simple declaración unilateral de voluntad del fiador,

ya que la voluntad del acreedor es totalmente irrelevante, toda vez que el juez o tribunal que la ordena fija su monto y califica la idoneidad del fiador, sin que el acreedor sea consultado siquiera, ni menos solicitado su consentimiento, y sin que pueda oponerse a su aceptación." ²¹ Por ejemplo, tenemos la fianza que debe otorgar quien promueve un embargo precautorio como acto prejudicial y que sirve para garantizar los daños y perjuicios que se causen al demandado, en caso de ser absuelto en juicio o en caso de revocarse la providencia. En este supuesto, es evidente que el demandado, como en todos los casos de fianzas judiciales, no tiene ninguna intervención en el otorgamiento de la fianza.

Por lo que toca a la fianza legal el maestro Ramón Concha Malo hace la siguiente distinción:

1.- Las fianzas en las que interviene el acreedor para su formación. Por ejemplo la establecida por Ley, que debe otorgar el usufructuario en beneficio del propietario. La fuente de dicha fianza será el contrato celebrado entre el fiador y el propietario como acreedor. Es decir, la voluntad del acreedor tiene plena relevancia en la formación de la fianza, por lo que se puede afirmar que en este supuesto la fuente de la obligación fiadora es el contrato.

2.- Aquellas en que no interviene la voluntad del acreedor para su formación. Por ejemplo: la que debe otorgar el tutor antes de que discierna el cargo, con el objeto de garantizar el manejo de los bienes del pupilo. En este caso como el pupilo no está en capacidad de celebrar un contrato, la

²¹ Concha Malo, Ramón; "La fianza en México"; pág. 81.

fianza legal tendrá como fuente la simple declaración unilateral de la voluntad del fiador que otorgue el tutor.

Con lo que se acaba de exponer, se concluye que la fianza, aun civil puede brotar de una simple declaración unilateral de la voluntad del fiador, al lado de la contractual.

III.- FIANZA CONVENCIONAL. FORMA IMPERFECTA PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.

Son de mencionarse las desventajas a que ha dado lugar la fianza convencional en la práctica jurídica.

- * Frecuentemente ha sido motivo de abusos de amistad, por la apatía o inmoralidad del deudor principal.
- * El acreedor sigue corriendo el peligro de no cobrar, si resulta insolvente también el fiador.
- * El fiador no tiene impedimento alguno para deshacerse de sus bienes después de celebrado el contrato y quedar en un pleno estado de insolvencia.

Estas circunstancias son las que dieron motivo a que se optara por desarrollar el presente tema, con el objeto de proponer una solución a los múltiples inconvenientes que presenta la fianza convencional.

La propuesta consiste en que, al igual que en la fianza legal o judicial, en la fianza convencional el fiador deba acreditar su solvencia con bienes raíces inscritos a su nombre en el Registro Público de la Propiedad, mediante

certificado expedido por el Encargado de dicha Institución. Asimismo, que el otorgamiento de dicha garantía sea inscrito a potestad del acreedor, en forma de anotación preventiva en la referida Institución, para el efecto de que se presuman fraudulentos los gravámenes o enajenaciones en caso de insolvencia del fiador.

De esta forma si quedaría garantizada de manera real y efectiva la obligación asumida por el deudor principal con el acreedor.

Para efectos de lo anterior, resultaría necesario establecer o fijar determinada cuantía, en base al salario mínimo general vigente de la región, a partir de la cual se pueda dar tal anotación preventiva en el Registro Público de la Propiedad.

Cabe señalar, que no obstante que la fianza convencional se constituya en forma de anotación preventiva en el Registro Público de la Propiedad, debe seguir conservando su carácter subsidiario, contando el fiador con los beneficios de orden y excusión, a diferencia de las fianzas legal y judicial.

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

El estado de insolvencia es una situación en la cual las obligaciones exigibles del deudor, son superiores a su activo. En estas condiciones, no alcanzan los bienes del deudor para cubrir los créditos en su contra. Tratando de evitar esta situación, es que se hace necesario que un acreedor en su afán por proteger su patrimonio, celebre contratos de garantía mediante los que asegure el cumplimiento de obligaciones.

Los principales medios para garantizar un crédito o una obligación son las garantías reales y las personales. Las primeras crean un derecho real en favor del acreedor sobre determinado bien que se afecta especialmente al pago del crédito. Las segundas establecen en favor del acreedor una pluralidad de deudores, de manera que si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás. La fianza es una seguridad personal, en tanto que como garantías reales encontramos a la prenda y la hipoteca.

Es en el Derecho Romano en donde dichas figuras surgen, evolucionan y se desarrollan de tal forma, hasta casi quedar como las conocemos en nuestro sistema jurídico.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Atendiendo exclusivamente a la figura que nos ocupa, podemos decir que el Código Civil para nuestro Estado nos define a la fianza señalando que es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace. De esta definición desprendemos el carácter accesorio de la fianza, ya que es un contrato que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que depende de una obligación preexistente.

No existe disposición jurídica que establezca formalidad alguna para la celebración del contrato de fianza, por lo que debemos concluir que es un contrato consensual. Sin embargo, por la necesidad de la demostración se ha generalizado que se otorgue por escrito.

Tan pronto como se perfecciona el contrato de fianza, produce efectos entre los contratantes, pero en este a diferencia de otros contratos, también se producen efectos en relación con otras personas: el deudor a quien se le esta afianzando y otros fiadores que pudieran existir.

El contrato de fianza, al igual que muchos otros, en la actualidad se muestra tanto en el campo del derecho civil como en el campo del derecho mercantil.

Se consideran fianzas civiles las otorgadas por individuos o compañías de forma accidental, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente y que no empleen agentes que las ofrezcan.

Se consideran fianzas mercantiles aquellas que otorguen o celebren las instituciones de fianzas (fianza de empresa).

La interpretación del artículo 75 del Código de Comercio que señala los actos a los que la Ley reputa como de comercio, nos lleva a determinar que aparte de la fianza de empresa tienen naturaleza mercantil las siguientes fianzas:

La fianza otorgada en garantía de un contrato de comercio marítimo o de navegación interior o exterior.

La fianza cuando se celebre entre comerciantes o banqueros, siempre y cuando no se garantice una deuda puramente civil.

La fianza de empresa es aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad mercantil, concesionada por el Estado para tal fin y mediante la cual dicha sociedad se obliga solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de una prima que se obliga a pagar el contratante.

Atendiendo al origen de la obligación de otorgar fianza nuestro Código Civil nos señala tres tipos de fianzas:

* Fianza Convencional.- Es aquella cuya obligación de otorgamiento deriva exclusivamente de la voluntad de las partes. Su fuente es el contrato.

* Fianza Legal.- Es legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la Ley. Es decir, dicha obligación surge

como consecuencia de una disposición legal. Su fuente en algunos casos será el contrato y en otros la simple declaración unilateral de voluntad del fiador.

* Fianza Judicial.- Es aquella que debe otorgarse como consecuencia de una providencia judicial. Su fuente, en todo caso, será la simple declaración unilateral de voluntad del fiador.

Como se observa la fianza, aun en el campo del Derecho Civil puede brotar de una simple declaración unilateral de voluntad del fiador, al lado de la contractual.

En la práctica se observa que la fianza convencional presenta múltiples inconvenientes como son los siguientes:

- * Frecuentemente ha sido motivo de abusos de amistad, por la apatía o inmoralidad del deudor principal.
- * El acreedor sigue corriendo el peligro de no cobrar, si resulta insolvente también el fiador.
- * El fiador no tiene impedimento alguno para deshacerse de sus bienes después de celebrado el contrato de fianza y quedar en estado de insolvencia.

Por los múltiples inconvenientes que en la práctica jurídica presenta la fianza convencional, es que se propone que al igual que las fianzas legal y judicial, en la fianza convencional el fiador deba acreditar su solvencia mediante certificado expedido por el encargado del Registro Público, el que demuestre que tiene bienes raíces a su nombre. Además de que el otorgamiento de dicha garantía sea inscrito, a potestad del acreedor, en forma de anotación

preventiva en la mencionada Institución, para el efecto de que se presuman fraudulentos los gravámenes o enajenaciones que de dichos bienes se realicen, en caso de insolvencia del fiador.

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

- 1.- BEJARANO Sánchez Manuel; "Obligaciones Civiles"; Editorial Harla; Tercera edición; México, 1984.
- 2.- BORJA Soriano Manuel; "Teoría General de las Obligaciones", Tomo I; Editorial Porrúa, S.A.; Primera edición; México, 1939
- 3.- CONCHA Malo Ramón; "La Fianza en México"; Futura Editores, S.A. de C.V.; Primera edición; México, 1988.
- 4.- DE PINA Vara Rafael; "Elementos del Derecho Mercantil Mexicano"; Editorial Porrúa, S.A.; Vigésima primera edición; México, 1990.
- 5.- DIAZ Bravo Arturo; "Contratos Mercantiles"; Editorial Harla; Primera edición; México, 1983.
- 6.- LOZANO Noriega Francisco; "Cuarto Curso de Derecho Civil" (Contratos); Editorial Luz; Segunda edición; México, 1970

- 7.- MANTILLA Molina Roberto; "Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa, S.A.; Décimo cuarta edición; México, 1974.
- 8.- MARGADANT S. Guillermo F.; "El Derecho Privado Romano"; Editorial Esfinge, S.A.; Quinta edición; México, 1986.
- 9.- OLVERA De Luna Omar; "Contratos Mercantiles"; Editorial Porrúa, S.A.; Segunda edición; México, 1987.
- 10.- PENICHE López Edgardo; "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil"; Editorial Porrúa, S.A., Vigésima primera edición; México, 1989.
- 11.- PETIT Eugene; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; Editorial Nacional; Primera edición; México, 1980.
- 12.- RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil" Tomo I; Editorial Porrúa, S.A.; Vigésimo primera edición; México, 1974.
- 13.- ROJINA Villegas Rafael; "Compendio de Derecho Civil" (Contratos) Tomo IV; Editorial Porrúa, S.A.; Vigésima octava edición; México, 1987.

- 14.- SANCHEZ Medal Ramón; "De los Contratos Civiles"; Editorial Porrúa, S.A.; Tercera edición; México, 1976.
- 15.- SOHM Rodolfo; "Instituciones de Derecho Privado Romano"; Editorial Gráfica Panamericana; Primera edición; México, 1951.
- 16.- TREVIÑO Garcia Ricardo; "Sinopsis de los Contratos"; Librería Fant, S.A.; Primera edición; Guadalajara, Jal. 1977.
- 17.- VAZQUEZ Del Mercado Oscar; "Contratos Mercantiles"; Editorial Porrúa, S.A.; Segunda edición; México, 1985.
- 18.- ZAMORA y Valencia Miguel A.; "Contratos Civiles"; Editorial Porrúa, S.A.; Segunda edición; México, 1985.

L E G I S L A C I O N :

- 19.- CODIGO Civil para el Estado de Veracruz; Editorial ALF, S.A. de C.V.; México, 1994.
- 20.- CODIGO de Comercio; Editorial Porrúa, S.A. de C.V.; 63a. edición; México, 1995.
- 21.- CODIGO de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz; Editorial Cajica, S.A.; Puebla, Pue. Méx., 1995

22.- LEY de Amparo; Editorial Pac, S.A. de C.V., México, 1995.

23.- LEY Federal de Instituciones de Fianzas; Ediciones DELMA S.A. de C.V., Primera edición; México, 1992.