

176
Ley



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
PLANTEL ACATLAN**

**CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA.
OBSERVACIONES AL REGIMEN DE
RECUPERACION O RESPALDO ACTUAL**

T E S I S

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

P R E S E N T A

VICTOR HUGO LAGUNAS LECHUGA

ASESOR: LIC. FRANCISCO JAVIER HUIZAR ORTEGA



**NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEXICO
A OCTUBRE DE 1997**

**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.

AL PROFESOR :

**LIC. FRANCISCO JAVIER HUIZAR
CON LA MAYOR GRATITUD POR SU
APOYO Y ASESORIA EN LA REALIZACION
DE ESTE TRABAJO.**

**CON TODA LEALTAD A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, POR PERMITIRME
ADQUIRIR EN SUS AULAS LOS CONOCIMIENTOS
VERTIDOS POR SUS NOTABLES PROFESORES.**

**MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS
QUE ME ALENTARON A SEGUIR
DELANTE. MI AMISTAD SINCERA
INCONDICIONAL.**

**A MIS PADRES : CELIA Y RODOLFO
CON EL AMOR, RESPETO , ADMIRACION Y
EL MAS PROFUNDO AMOR. YA QUE SIN
LA DEDICACION QUE ME BRINDARON HUBIERA
SIDO IMPOSIBLE. LLEGAR AL FINAL.
GRACIAS.**

**A MIS HERMANOS : LEONOR, ROSA, LAURA, PATY
RODOLFO, PEDRO Y GRIS. POR SU INCONDICIONAL
APOYO. LOS QUIERO MUCHO.**

A WENDY. CON TODO MI AMOR.

**A HELADIO, ABEL Y MARCO. CON EL
CARIÑO DE HERMANOS.**

**A LOS LICENCIADOS FCO. JAVIER GARCIA
GARIBAY, VICTOR MANUEL OSTOS MAÑON Y
FELIPE CONSUELO ALANIS. POR INSTRUIRME Y
COMPARTIR CONMIGO SUS BASTOS CONOCIMIENTOS
EN DERECHO.**

INDICE

página

INTRODUCCION	1
Capítulo I EVOLUCION HISTORICA DE LA FIANZA	4
1.1 Babilonia	4
1.2 Egipto	5
1.3 La India	6
1.4 Israel	6
1.5 Atenas	7
1.6 Roma	8
1.7 España	10
1.8 México prehispánico	11
1.9 México Colonial	11
1.10 México Independiente	12
1.11 México Contemporáneo	16
Capítulo II CONTRATO DE FIANZA	18
2.1 Concepto	18
2.2 Diferencias entre la fianza civil y la fianza de empresa	24
2.3 Elementos personales que intervienen en el contrato de fianza	27
2.4 Objetivo del contrato de fianza	30

	página
Capítulo III REGIMEN DE RESPALDO O RECUPERACION	34
3.1 Concepto	34
3.2 Prenda	42
3.3 Hipoteca	48
3.4 Fideicomiso	51
3.5 Obligación solidaria	55
3.6 Contrafianza	56
3.7 Afectación en garantía	57
 Capítulo IV BENEFICIARIOS, ANTE LA NECESIDAD DE HACER EFECTIVO EL CREDITO GARANTIZADO POR LA AFIANZADORA	 62
4.1 Beneficiario	62
4.2 Póliza	63
4.3 Procedimientos convencionales	64
4.3.1 Reclamación ante la Institución de fianzas	64
4.3.2 Arbitraje ante el Tribunal Superior de Justicia	66
4.3.3 Aplicación del libro Quinto del Código de Comercio	68
4.4 Procedimientos administrativos	68
4.4.1 Procedimiento conciliatorio	69
4.4.2 Procedimiento arbitral	71
4.5 Procedimientos judiciales	73
Vía especial de fianzas	

	página
Capítulo V SITUACIONES CONTRARIAS A LA MATERIA DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA, EN PERJUICIO DE LOS BENEFICIARIOS O LAS INSTITUCIONES DE FIANZA (FALLAS)	78
5.1 Del contrato de fianza	78
5.2 Del objetivo del contrato de fianza de empresa	81
5.3 De las garantías del contrato de fianza de empresa	82
5.4 Del procedimiento para hacer efectivas las pólizas de fianza	98
5.5 Aplicación del derecho civil al contrato de fianza de empresa	107
Capítulo VI PROPOSICION DE SOLUCION A LAS FALLAS DETECTADAS	109
6.1 Sobre el contrato de fianza de empresa	116
6.2 Sobre las garantías (régimen de recuperación)	116
6.3 Medidas preventivas (proposición)	121
6.4 Terceros involucrados	124
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFIA	133
ABREVIARIO	137

INTRODUCCION

La fianza en términos generales puede definirse como la obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple. A este contrato se le ha clasificado en diversas ramas, pero la que interesa en este trabajo es la *fianza mercantil*.

Este tipo de fianza se refiere a la que otorga una institución de fianzas, organizadas como sociedades anónimas y concesionadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, teniendo como órgano contralor a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El objeto del contrato de fianza es otorgar firmeza y seguridad de cumplimiento a un acreedor, en operación con alguno de sus deudores, para el caso de que no cumpla, un tercero que es la Afianzadora haga frente a esa obligación insoluta. Con este objetivo, la actividad afianzadora se ha constituido como un soporte más para las relaciones comerciales e industriales, junto con el seguro y el crédito.

Con la última reforma a la Ley Federal de Instituciones de fianza, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de julio de 1993, se pone de manifiesto el sentido de modernizar esta actividad y a la actuación de dichos organismos, con el firme propósito de que estén en condiciones de proporcionar un servicio adecuado y propiciar más aún su desarrollo y crecimiento. Por tal situación se les otorgo a las Afianzadoras un régimen legal propio y autónomo para que asuman responsabilidades de acuerdo a su propio criterio, mientras no excedan su margen de operación.

Una característica del contrato de fianza de empresa es aquella creada con la intención de que las instituciones mantengan una economía saneada y solidez financiera, se establece un régimen de garantías de recuperación, el cual debe estar íntimamente relacionado con el otorgamiento de fianzas y su recuperación se basa en elementos objetivamente comprobables. La tendencia de esta figura es activario en cuanto se verifique el incumplimiento del fiado y servir como escudo en contra de una posible insolvencia de este u obligado.

Para hacer valer dichos derechos las Afianzadoras en contra del deudor u obligado, los documentos donde se consigne la relación tienen el carácter de ejecutivo. También tienen acción para exigir que les garantice el pago de las cantidades por las que pudiera tener responsabilidad , inclusive antes de haber pagado ellas, teniendo facultad de promover embargo precautorio, con efectos retroactivos en caso de que se inicie el juicio de recuperación. Si se finco el régimen de recuperación por medio de la prenda hipotecaria, fideicomiso o afectación en garantía, se encuentran establecidos procedimientos enérgicos y rápidos para la venta de los bienes o el ejercicio de las acciones respectivas y en ciertos momentos se asemejan a las instituciones de crédito, ya que también otorga un derecho de persecución sobre los bienes dados en garantía y prelación y privilegios en favor de las Afianzadoras.

Por el contrario, cuando se trata de que las instituciones de fianza hagan frente a las obligaciones , la Ley facilita la evasión o retardo del pago en perjuicio de los beneficiarios de la póliza, lo que denota un tratamiento desigual entre las Afianzadoras y el beneficiario y por ende violatorio de garantías.

Este trabajo trata de establecer que los privilegios dotados a las Afianzadoras en casi todas sus manifestaciones son irregularidades violatorias de garantías e ilegales.

Así, también se proponen vías de solución a estas irregularidades, con un enfoque jurídico igualitario, ya que lo propuesto no es nada nuevo en el mundo judicial; sin embargo para la actividad afianzadora, estas aplicaciones si pueden causar innovaciones.

Es verdad de que la complejidad de las relaciones en este contrato ha impulsado a la especialización por parte de las Afianzadoras y la experiencia de ello, ha dejado profundos conocimientos para poder evadir el pago garantizado. Sin embargo para darle credibilidad a dicho contrato es menester tomar en cuenta las posibles innovaciones y causas de verdadero objetivo del afianzamiento, que es ser contrato de garantía.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA FIANZA

La fianza es una figura jurídica que tiene como antecedente más remoto una inscripción que se asemeja a un contrato de fianza, descubierto en una tablilla de la biblioteca de Sargon I de Akkad, rey de Sumer y Akkad, correspondiente a los años 2568 a 2613 a.C.¹

Hasta antes del año de 1947, se creía que el Código de *Hammurabi* era el más antiguo, pero se ha comprobado que es el Código de *Lipit-Ishtar*, creado en 1934 a.C., ordenamiento predecesor del Código de *Hammurabi*, que es casi análogo al antes mencionado.

1.1 Babilonia

Más sin embargo, se piensa aún que el antecedente más remoto del contrato de fianza está consagrado en el Código de *Hammurabi*, promulgado en el año 1730 a.C. aproximadamente, para lo cual se mandaron a grabar estelas de la piedra con el fin de repartirlas por todas las capitales del reino.

En este ordenamiento manifiesta una forma de fianza o contrato de garantía que se utilizaba principalmente en la reglamentación de esclavos los

¹ Beckman Jules, en su libro *Surety Rate Making NY* dice que el contrato de fianza se remonta al año 2750 a.C., descubierta exactamente en la Biblioteca de Sargo, su reino Sumer y Akkad tenía como capital a la ciudad Eshunna, localizada al este del Tigris extendiéndose hasta Chipre. *Naturaleza jurídica de la fianza de empresa*. Obregón Padilla, Antonio. Tesis Profesional. México, D.F. 1957.

cuales se consideraban objetos propiedad del dueño, quien podía entregarlos en garantía para el cumplimiento de una obligación.

1.2 Egipto

En Egipto surge como forma de garantía de cumplimiento de determinadas obligaciones, en este caso se usaba principalmente en los tratados internacionales, como ejemplo de esto se toma aquel que se celebraba para contraer matrimonio entre reyes y princesas de pueblos diferentes; a efecto de garantizar la amistad entre ellos.

Para el año de 1280 a.C., en el gobierno de *Ramses III*, Egipto y Atti, llegaron a celebrar un tratado de buena paz y hermandad, el cual dio como consecuencia la creación de una alianza defensiva; el texto fue grabado en dos charolas de plata, éstas se colocaron a los pies del Dios de las tormentas que veneraban los Hititas y la otra en los pies del Dios Ra, en el que tenían fe los egipcios. Los reyes de esos pueblos juraron ante sus dioses, por lo que este juramento se convirtió en garantía eficaz de respecto al pacto.

Los puntos que abordaba el tratado son:

- La introducción histórica; en la que se narran las guerras entre ambos pueblos; la garantía estribaba en que los reyes que gestionaban a la firma del contrato se mantuviera la paz entre sus pueblos.
- El segundo punto se refiere a las garantías mutuas de no agresión.

- La tercera obligación hace alusión a la ayuda que ambos países se deben: en caso de que otro pueblo amenazara a cualquiera de los firmantes con invasiones.
- El cuarto punto contiene la reglamentación acerca del intercambio de políticos refugiados.
- La quinta y última parte se relaciona al juramento del pacto ante los dioses, quienes eran considerados sus testigos para respetar la garantía de paz.²

1.3 La India

Otra manifestación semejante a la fianza, está consignada en las *Leyes de Manu*, que corresponden a los años 1280 al 800 a.C., que regulaban tanto el derecho público y el derecho privado. La fianza se reglamentaba en las leyes civiles principalmente en aspectos hereditarios y en la conducta de los reyes, además de la casta militar.³

1.4 Israel

En Israel la fianza se conoció hacia el año 992 a.C. en forma metafórica, ya que el Rey Salomón incluía en una de sus parábolas lo siguiente: "*Cualquiera que se convierta en fiador de un extraño, tendrá que arrepentirse*", más no es la única

² Guier, Enrique. *Historia del Derecho*. De. Costa Rica, San José, 1968.

³ Las Leyes de MANU, Bergua, Madrid, 1982

forma en que el Rey Salomón advertía a la ciudadanía de Israel, puesto que mencionaba: *"Hijo mío, si incautamente saliste por fiador de tu amigo y has legado tu mano con un extraño, tú te has enlazado mediante las palabras de tu boca y ellas han sido el lazo en que has quedado preso"*.⁴ *"El hombre necio palmotea y hace gala de haber salido de fiador de su amigo"*.⁵

Asimismo advertía: *"Tomaste el vestido de aquel que salió por fiador de un extraño y lleva de su casa alguna prenda por la deuda del extranjero"*.⁶

1.5 Atenas

El antecedente de la fianza en Atenas, se remonta en el año de 621 a.C., lapso en que se iniciaron cambios a la Constitución y demás leyes, el Código resultado del ejercicio legislativo de Dracon fue uno de los ordenamientos más duros y severos que la historia ha conocido, es decir que la situación existente en el momento, en materia económica era crítica, por lo que la situación jurídica de los deudores insolventes se dificultaba día a día, ya que el dinero se alquilaba con garantía de persona y los deudores morosos iban a quedar sometidos a la esclavitud.

Este ordenamiento no causo los resultados perseguidos, porque estas reformas se encaminaban a proteger el patrimonio de los poderosos, motivo suficiente para realizar nuevas reformas, que para el año del 594 a.C. se prohibió todo préstamo o dinero u otro objeto con garantía de persona.⁷

⁴ Proverbios 6:1 y 6:22

⁵ Proverbio 11:15 y 17:18

⁶ Proverbio 20:10

⁷ Deker René. El derecho privado de los pueblos. Revista de derecho privado, Madrid, 1957.

1.6 Roma

En Roma es sin lugar a dudas, el territorio y la época en que se reglamentó más y mejor al contrato de fianza. La fianza estipulatoria era un contrato *verbis de garantía* que para que surtiera efectos, se necesitaba una obligación válida principal para existir.

El concepto de la fianza estipulatoria se define como un contrato, mediante el cual una persona se obliga a cumplir, en el caso de que otra persona deudor en una obligación no cumpla.⁸

Como se observa la definición que antes se menciona, obedece casi a la totalidad del concepto del contrato de fianza que maneja nuestro Código Civil; más sin embargo, existieron otras formas de garantizar una obligación; se trata de la *Sponssio*, *Fideipromissio*, *Fideiussio*.

- *Sponssio*, se relacionaba con actividades religiosas, hecha por personas exclusivamente dedicadas al culto.
- *Fideipromissio*, esta figura es como una nueva reglamentación a la anterior, puesto que ya se autorizaba la celebración con extranjeros y por primera ocasión se dislumbran beneficios para el fiador.
- *Fideiussio*, también contrato *verbis de garantía*, en el que se incluía el beneficio a los fiadores, llamado el *Beneficium excusionis*, que consistía en

⁸ Flores Margadant, Guillermo. Derecho Romano, Esfinge, 1991.

que el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él para la exigibilidad de su obligación como garante.⁹

Al reglamentarse el derecho real de la propiedad, se estableció que todo propietario podía protegerse de daños que amenazaban su finca; como introducción de humo, agua, fuego, casas y árboles a punto de caerse, pidiendo al pretor que obligara al vecino a otorgar una fianza, que garantizara el pago del posible siniestro por culpa del vecino, éste respondería por el perjuicio ocasionado, más sin embargo, si el siniestro se producía por fuerza mayor, el perjudicado no podía reclamar nada.

En Roma se definían dos tipos de garantías; las reales como la prenda y la hipoteca, figuras que eran más usuales y eficaces que las garantías personales, puesto que para la firma de un contrato se garantizaba el cumplimiento mediante prenda e hipoteca y verificado el incumplimiento, el acreedor se allegaba a los bienes de garantía para venderlos o adjudicárselos.

El otro tipo de garantía; las personales cuyo objetivo era garantizar un crédito, existía un desposeimiento de un derecho real, sino que ésta consistía en que la garantía era la solvencia de un tercero que respondía ante el incumplimiento del deudor.¹⁰

Para hacer efectiva la garantía era una situación más complicada, ya que cuando el deudor incumplía con la obligación de la fianza, el acreedor requería en primer término al deudor, en caso de no conseguir el pago, se requería al fiador, quien tenía que cubrir la totalidad de la deuda. Lo anterior dio como origen

⁹ Idem.

¹⁰ Flores Margadant, Guillermo. Derecho Romano. Esfinge, 1991.

a la figura de la subrogación, puesto que el fiador a la dar cumplimiento a la obligación garantizada se convertía en el nuevo acreedor.

En este caso, el acreedor nuevo privaba de la libertad al deudor en su cárcel privada, si la tenía, por lo que hacía uso de la figura jurídica llamada *Manus Injectio*.

Esta consistía en atar al deudor por manos y cuello, exhibiéndolo por las plazas públicas y avenidas; a efecto de que cualquier conocido del deudor, respondiera por la deuda. Esto se repetía tres veces con distancia entre ellas de 20 días, en caso de que nadie respondiera por el deudor, el acreedor a su criterio podía vender al deudor en el país de los etruscos y con la venta de éste, cobraba o lo podía matar. Esto se contempló en la *Lex Publilia*.¹¹

Este sistema fue atacado en el año 326 a.C., con la *Ley Poetella Papira*, se suprimió el encarcelamiento privado por deudas civiles, circunstancia que hasta nuestra Constitución retomó y lo consigné en el *Artículo 17*.

1.7 España

En España el antecedente de la fianza se encuentra comprendida en el Código llamado de *Las Siete Partidas*, promulgado en el año de 1348 d.C., por Alfonso XI, lo relacionado a la fianza se contempla en la Partida Quinta, Título XII, donde se define como la obligación que tiene una persona para pagar o cumplir si su fiado no lo hace.

¹¹ Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*. De. Porrúa. México, 1980.

1.8 México prehispánico

En la época prehispánica de nuestro país, la fianza era conocida y operada por los aztecas como una forma de garantizar el pago de una deuda personal, misma que podía ser inclusive por herencia, ya que cuando un deudor caía en la insolvencia; tenía que pagar en vida con sus servicios, como esclavo a su acreedor y si éste fallecía, la deuda la asumía el hijo por herencia.¹²

Existía la fianza por deuda de varias personas, podría ser a miembros de una o dos familias, de modo que una persona podía servir como esclavo para pagar una deuda. Para este caso, los miembros de la familia se relevaban de tiempo en tiempo y la muerte de alguno de ellos no libraba la deuda de los demás, esto es el motivo por lo que se consideraba cien por ciento hereditaria.

Esta fianza fue abolida por el Rey Nezahualpilli de Texcoco en el año 1505.

1.9 México Colonial

En la etapa colonial de nuestro país, la fianza únicamente se encontraba regulada por efectos de garantizar la libertad de un preso.

Lo anterior está reglamentado en la Ley 4 del Título XII de las *Leyes de Indias*, relativo al capítulo de las apelaciones y las suplicaciones, es decir que la persona que hubiere cometido un delito y el fallo del Tribunal fuere condenatorio, aquélla podía pagar ante el Consejo de Indias. Una vez pronunciada su

¹² - "El derecho de los aztecas". Revista del derecho notarial mexicano. Vol. III. México, 1959.

sentencia, si también era condenatoria, entonces podía solicitar y gozar de su libertad condicional o mejor conocida como condena condicional, pero debía depositar cierta cantidad a juicio del Consejo, independiente del otorgamiento de una fianza.¹³

1.10 México Independiente

En la etapa Independiente de México, la fianza siguió evolucionando y se iniciaron los primeros proyectos para expedir las leyes que regulaban este contrato, con el objeto de que estuviera adecuada con el modo de vida, económica y política de México.

Para el año de 1870, se expidió el Código Civil, en el cual se estableció que la fianza tenía el carácter de contrato y podía otorgarse a título oneroso, pero por la constante hostilidad en este período; esta ley tuvo poca vigencia y fue abrogada por el Código Civil de 1884.

En el Código Civil para el Distrito Federal, expedido el 30 de agosto de 1928, se introdujeron numerosas innovaciones en el contrato de fianza.¹⁴

Sin embargo, se tiene conocimiento que en Inglaterra, las primeras actividades de afianzamiento como negocio, tuvieron su origen en el seguro de la honradez de los sirvientes, según aparece en un aviso publicado en el *Dayli Post* de Londres, con fecha 10 de junio de 1720; relativo a la constitución de una

¹³ Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI. México, 1976.

¹⁴ Huerta Jiménez, Juan. Tesis Profesional. El procedimiento para el cobro de las fianzas expedidas por Afianzadoras. México, 1986.

sociedad a las que se podían afiliar los patrones contra los robos de sus criados. Indicando que los que quisieran hacerlo, deberían acudir a la *Devil Tavern*, en Charing Cross, a las 10:00 horas de la mañana del sábado siguiente.

No se tienen datos de si tuvo éxito o no esta empresa, pero poco más de un siglo después, se fundó la compañía denominada *Guarantee Society of London*; que sí funcionó y que fue objeto de una ley que expidió el parlamento en el año de 1842, con el título de *An Act for Regulating Proceedings by or Against "The Guarantee Society" and for granting certain powers there to*, ley que amplió el campo de estas operaciones al garantizar el manejo de funcionarios públicos. De Inglaterra pasó el negocio a los Estados Unidos de Norteamérica, donde su desarrollo ha sido extraordinario y de allí pasó a México en el año de 1895.¹⁵

En relación a la fianza de empresa, el 3 de junio de 1895, se expidió la primera ley relativa a la Compañía de Fianzas, para que el Ejecutivo Federal pudiera otorgar concesiones a compañías nacionales o extranjeras que caucionaran el manejo de empleados públicos o particulares; por la relación industrial y comercial con los Estados Unidos.

La única aplicación que esta ley tuvo, fue el contrato Concesión del 15 de junio de 1895, otorgado por la Secretaría de Hacienda en favor de la *American Surety Company of New York*, con objeto de que estableciera en México una sucursal y se dedicara a otorgar fianzas que garantizaran el fiel manejo de empleados públicos y privados.

¹⁵ Ruiz Rueda, Luis. El contrato de fianza de empresa en el proyecto del Código de Comercio, Arana, 1960.

Por otro lado, la Secretaría de Hacienda inició ante el Congreso, una ley de Fianzas que se aprobó y promulgó el 24 de mayo de 1910, en esta ley se señala de forma abstracta, las disposiciones y requisitos a los que debería de someterse una Institución que pretendiera establecerse en territorio nacional, teniendo como órgano controlador al Estado, ya que en otros lugares de la orden mundial, estas instituciones habían fracasado.¹⁶

La empresa extranjera de referencia, estableció diversas sucursales en México; pero fue hasta el año de 1913, que accionistas mexicanos compraron acciones de la empresa American Surety Company de New York, dando origen a la primera empresa Afianzadora mexicana, denominada *Compañía Mexicana de Garantías, S.A.*, misma que se fusionó en 1991 y actualmente es la empresa *Crédito Afianzador, S.A., Compañía Mexicana de Garantías.*

En 1925, quince años después de haberse publicado la primera ley sobre Instituciones de Fianzas, se editó una ley inspirada en la anterior, ya que colocaba a la Secretaría de Hacienda en ese entonces como autoridad suprema en vigilancia e inspección. Lo anterior muestra claramente que se seguía como órgano contralor una Dependencia del Gobierno Federal.¹⁷

Sin embargo una innovación contenida en esta Ley, es que las Afianzadoras podían expedir cualquier otro tipo de fianza a favor de particulares, por esto se les permitió otorgar fianzas judiciales, que motivó una novedad en el ambiente jurídico de México, ya que hasta esa fecha no habían sido

¹⁶ Ruiz Rueda, Luis. Ob. cit.

¹⁷ Cervantes Altamirano, Efrén. Fianza de empresa. Antecedentes históricos y jurídicos. México, SDM y B. UNAM, 1950.

reglamentadas porque se consideraba que este tipo de fianzas judiciales solo se podían prestar por particulares.

Asimismo, este cuerpo legislativo consideraba a la Instituciones de Fianza como instituciones de crédito sujetándolas a la ley de la materia expedida en 1924. Por esta razón se exigió la organización como sociedades anónimas en las que se constituyeran reservas (denominada reserva de premios) y se formaría con el 50% del importe de las primas de las fianzas expedidas en el año; se obligó además que la fianza se expidiera en forma de póliza por cantidad determinada, prohibiendo operar fuera del límite de responsabilidad que tuviera la institución.

La actividad de la institución fue regulada severamente, de tal manera que los particulares tenían prohibido expedir fianzas en forma sistemática y en caso de violar tal precepto se procedía en contra por un delito perseguido de oficio.

La Ley General de Instituciones de Crédito del año de 1926, incluía un capítulo a las Afianzadoras, derogando la Ley de Fianza del año de 1925, por esta causa las Instituciones Afianzadoras se incorporaron al ordenamiento, por lo que se les consideró como instituciones de crédito, régimen que inclusive adoptó la ley reformada de crédito en el año de 1932, aceptando por expresa disposición en el Artículo 7 transitorio que subsistiera el régimen legal que respecto a las compañías de fianza admita en su capítulo 9 de la Ley de Crédito de 1926, siguiendo en este mismo rubro de 1932 a 1941; fecha en la que se expidió la Ley de Instituciones de Crédito y organizaciones auxiliares de crédito. Sin duda alguna, las Afianzadoras cuando fueron reguladas por la Legislación de Crédito se rigieron por el citado capítulo 9 denominado de las Compañías de fianza,

según cuenta el Maestro Efrén Cervantes, empieza la duda para precisar con certeza que régimen legal era el aplicable a las mismas en el periodo comprendido del 2 de junio de 1941, fecha en que se expidió la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares al 1º de junio de 1943, año en que entro en vigor la nueva Ley de Instituciones de Fianza, la duda fue acrecentándose en virtud de que la primera legislación dejo de considerar a las instituciones de fianza como instituciones de crédito.

1.11 México Contemporáneo

A partir de la Constitución de la Compañía Mexicana de Garantía, se concesionaron otras instituciones, algunas que desaparecieron debido a una falta de organización técnica adecuada; sin embargo la experiencia de aquellas que se consolidaron en el sector, permitió mejorar la legislación tan especializada, perfeccionando la vigilancia del sistema por la autoridad, de manera que hoy tienen seguridad y progreso.

Actualmente el sector afianzador mexicano lo constituyen 19 instituciones, más sin embargo como se señaló anteriormente, no han sido las únicas que existen, ni tampoco las únicas que existieron, motivo por lo que se mencionan las Instituciones que a la fecha constituyen el Sistema Afianzador, mencionando la fecha de su fusión, liquidación o constitución.

Instituciones que integran el Sistema Afianzador

AFIANZADORA	Fecha de constitución	Fecha de liquidación
Compañía Mexicana de Garantía, S.A.	16-04-1913	fusión 01-04-1991
Compañía Nacional Mexicana de Fianzas	17-09-1917	28-07-1938
Afianzadora de manejadores de Fondos	18-05-1925	25-04-1938
Fianzas de México, S.A.	29-06-1925	--
Afianzadora de Arrendamientos, S.A.	12-12-1934	04-11-1937
Central de Fianzas, S.A.	10-04-1936	--
Fianzas Atlas, S.A.	22-06-1936	--
Afianzadora Lotonal, S.A.	16-12-1937	--
Fianzas América, S.A.	13-02-1938	13-02-1938
Crédito Afianzador, S.A.	10-01-1940	31-03-1991
Afianzadora Sofimex, S.A.	22-07-1940	--
La Guadiana, S.A.	26-01-1942	--
Compañía General de Fianzas		
Montenal, S.A.	02-12-1942	26-11-1944
Fianzas Monterrey, S.A.	28-06-1943	--
Afianzadora Mexicana, S.A.	08-02-1945	--
Afianzadora Cossio, S.A.	12-01-1945	--
Fianzas y Garantías, S.A.	28-04-1945	05-06-1949
Afianzadora Nacional, S.A.	18-02-1946	14-08-1946
General Afianzadora, S.A.	15-08-1946	09-11-1949
Americanas de Fianzas, S.A.	05-04-1947	--
Fianzas Probura, S.A.	30-04-1954	--
Afianzadora Insurgentes, S.A.	24-03-1958	--
Afianzadora Obrera, S.A.	05-01-1990	--
Fianzas Fina, S.A.	01-01-1991	--
Crédito Afianzadora, S.A.		
Compañía Mexicana de Garantías	01-04-1991	fusión 01-04-1991
Afianzadora Margen, S.A.	01-08-1991	--
Afianzadora Capital, S.A.	13-04-1992	--
Fianzas Lacomas	28-05-1993	--
Fianzas Banpais, S.A.	10-08-1993	--

CAPITULO II CONTRATO DE FIANZA

2.1 Concepto

El contrato de fianza es aquel que por virtud del cual una parte llamada fiador, se obliga con otra que se denomina acreedor, al cumplimiento de una prestación cierta e inclusive incierta, para el caso de que una tercera persona, que se llama deudor, no cumpla con su obligación.

El vocablo de fianza proviene del bajo latín *Fidare, de Fidere*, que significa Fe o seguridad. La legislación reglamenta en su Artículo 2794 del C.C. o por lo que es el contrato por el cual el fiador se obliga como tal.¹⁸

Este contrato responde a clasificaciones que ha hecho el Código Civil por lo que puede ser:

- *Unilateral y gratuita*; pero si existe pacto en contrario, puede ser *bilateral y onerosa*, como es el caso de las fianzas que expiden las Instituciones de Fianza, más sin embargo, la propia Ley Civil en el Artículo 2795, dice que la fianza puede ser legal, judicial, convencional y gratuita o a título oneroso.
- *Convencional*; cuando sea producto de acuerdos de las partes; legal y judicial, cuando tienen su origen en la Ley y la *judicial* se distingue de la otra en que es impuesta por la autoridad judicial, cuando se dan los elementos para que ésta exija la constitución de la fianza.

¹⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, Porrúa, 1994. p. 1435.

Se distingue entre fianza *civil y mercantil*, porque ésta tendrá la característica de mercantil cuando se da con motivo de una operación de comercio o de actos celebrados entre comerciantes (Artículo 75 Fracción XX y XXI, del C.C.), o la que se otorga por una Institución de Fianzas, que deben estar organizadas como sociedades anónimas para funcionar como tal; previa concesión que haga el Gobierno Federal por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En relación a al fianza que emite una empresa, cabe decir que como la ley reconoce la existencia de la misma; debe tener una definición propia. Como se ha explicado; la fianza guarda una naturaleza bifronte, es decir, su forma original es civil pero se presenta con un atuendo mercantil, además de contar con elementos propios que la hacen diferente a la fianza civil. La definición a la que se hace referencia, es que la fianza de empresa es un contrato en virtud de la cual, una Institución de Fianzas, autorizada legalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete a título oneroso y mediante la emisión de una póliza a garantizar el cumplimiento de obligaciones con contenido económico, contraídas por una persona física o moral, ante otra persona física o moral privada o pública, en caso de que aquella no cumpliera.¹⁹

Como se observa, el régimen de la fianza civil se funda en el carácter unilateral, gratuito y ocasional de ese contrato, al contrario de la fianza de empresa, que es por naturaleza bilateral, onerosa y sistemática, es otorgada profesionalmente, porque constituye el objeto propio y exclusivo de las sociedades mercantiles autorizadas para funcionar como tal.²⁰

¹⁹ La Fianza. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, 1992.

²⁰ Artículos 1º, 16 F.I. de la LFIF.

Por esto toma el matiz de contrato de adhesión, ya que la emisión en serie, solo es posible con un clausulado uniforme para cada tipo de fianza de empresa, que se otorgue. Sin embargo, las mismas Afianzadoras la clasifican en diversos tipos. Se estará frente a una fianza expedida por una empresa con los siguientes elementos:

1. Que exista contrato mercantil de fianza (firmado entre el solicitante y la Institución)
2. Que exista una Institución de Fianza
3. Que exista autorización de la S.H.C.P.
4. Que se expida una póliza en la cual se garantice una obligación determinada
5. Que cobre una prima
6. Que exista un corredor ²¹

La clasificación de la fianza de empresa se ha hecho, tomando en cuenta que el origen de la misma fue y en su caso es para garantizar a un patrón una protección económica, por falta de honradez de sus trabajadores o servidores públicos, lo actual es equivalente a fianza de fidelidad; sin embargo, de acuerdo al desarrollo económico que ha tenido este contrato en nuestro país, se ha propiciado que la fianza de empresa sea más requerida en otros ámbitos como apoyo para el éxito de diversas operaciones, por tal motivo el sector afianzador la ha clasificado en cuatro ramos: fianzas de fidelidad, fianzas judiciales, fianzas diversas y administrativas y fianzas de crédito

²¹ Molina Bello, Manuel. La Fianza (Como garantizar sus obligaciones con terceros). México, Mc Grill. 1995. p.24

a) Fianzas de fidelidad

Es un instrumento de protección patrimonial que garantiza a un patrón, la recuperación o el pago de la Afianzadora por daños sufridos en cualquiera de sus bienes de los que sea responsable, por hechos que provengan de conductas delictuosas de uno o varios de sus empleados. Ya que sería poco práctico, que cada trabajador tuviera una póliza en lo individual, en sus operaciones las Afianzadoras han creado figuras para una supuesta mayor protección del patrón y en el que se puedan encuadrar a más de dos trabajadores; tomando en cuenta el tipo de actividad que desempeña. A esto se le denomina cédula, con la característica en la cobertura, ya que puede ser global o combinada.

b) Fianzas judiciales

Es aquella que se expide ante Tribunales Civiles, Penales o Administrativos para garantizar la libertad caucional o constitucional de un reo, el resarcimiento de daños y perjuicios en la ejecución de sentencias que no sean definitivas entre otras.

c) Fianzas diversas y administrativas

La diversa es para garantizar cualquier obligación válida legal y de contenido económico y se celebra entre particulares, ya sea persona física o moral.

La administrativa es aquella que garantiza cualquier obligación válida, legal y de contenido económico, la cual se celebra entre un particular (fiado) persona física o moral y una entidad de la Administración Pública Federal (beneficiario).

d) Fianzas de crédito

Es una póliza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de determinada suma de dinero en los siguientes conceptos:

- **Operación de compraventa de bienes y servicios o distribución mercantil**
- **Créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores**
- **Contratos de arrendamiento financiero**
- **Créditos garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda, expedidos por almacenes generales de depósito**
- **Contratos de factoraje financiero**
- **Créditos para la exportación e importación de bienes y servicios**

Por circular No. 305-14-99 del 24 de noviembre de 1951, la Secretaría de Hacienda prohibió a las Afianzadoras otorgar fianzas de crédito; sin embargo en el Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 1990, se autoriza de nueva cuenta el otorgamiento de fianzas de crédito.

La fianza de empresa como modalidad de la civil, deben tener entre sí, puntos de contacto de mucho alcance, sin que ello pueda confundir su reglamentación respectiva, más sin embargo, puedan complementarse entre sí.

Para demostrar que entre ambos tipos de fianza existen puntos concordantes, basta observar lo relacionado a la accesoriedad del contrato, puesto que no tiene existencia y validez propia, sino que éstas dependen de la existencia y validez de una obligación. Esto hace que se considere que la obligación del fiador es de resultado, ya que verdaderamente la responsabilidad de éste empieza una vez verificado el incumplimiento del deudor, por lo que pueden originarse los siguientes supuestos:

- Si la obligación original es inexistente, la fianza no existe
- Si la obligación original es nula absolutamente, la fianza es nula
- Si la obligación es nula relativamente, la fianza produce efectos parciales
- Si la obligación original se extingue, la fianza se extingue
- Si la interrupción de la prescripción de la obligación interrumpe la prescripción de la obligación al fiador

En el concepto de la fianza se menciona, que existe la posibilidad de que el fiador pueda garantizar una obligación futura, cuyo importe no sea conocido, es a lo que se le denomina *prestación incierta*.

La regla consiste en que siempre las obligaciones susceptibles de afianzarse, están determinadas y por lo regular se trata de un pago de una cantidad de dinero, pero la legislación civil va más allá de esto, porque puede

otorgar fianza por una obligación futura, cuyo importe no sea conocido, pero no puede exigirse al fiador, hasta que esa deuda pueda ejecutarse y este debidamente cuantificada.²²

2.2 Diferencias entre la fianza civil y la fianza de empresa

Como se apuntó en el tema anterior, existen diferencias palpables que hacen que sean tratadas de diferente forma. Las fianzas de empresa son reglamentadas por una ley especial, pero se obliga en el mismo ordenamiento (Artículo 113 de la LFIF), a no eximirse estas organizaciones a contemplar la Ley Civil, en cuanto sea omisa ésta.

Más sin embargo, el Código Civil en el Artículo 2811, adopta un criterio de distinción, lo cual se puede observar en la letra del mismo que dice:

" Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías *accidentalmente* en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de pólizas, que no las anuncien públicamente por la prensa o cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan"

Por exclusión, es mercantil la fianza que se concede en forma habitual, por medio de una póliza, con publicidad, por conducto de agentes, por medio del cobro de una prima. Situación ya mencionada en lo respectivo a la clasificación

²² El Artículo 2798 del C.C. 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 líquida.

del contrato, puesto que la fianza civil es unilateral y gratuita y la fianza de empresa es bilateral y onerosa.

La fianza civil no es un acto de comercio, por ser consentida a título gratuito; por el contrario, la fianza de empresa es un acto de comercio porque su función es lucrativa; ya que el cobro de la prima es el vínculo para que la compañía preste su servicio como fiadora.

Desde el punto de vista legislativo, la fianza civil y mercantil muestran su diferencia por ser regulados con ordenamientos jurídicos especiales y distintos; esto se describe de la siguiente manera:

La fianza civil se rige de manera substantiva por el Código Civil y en materia adjetiva por el Código de Procedimientos Civiles.

La fianza mercantil o de empresa en materia substantiva por la Ley Federal de Instituciones de Fianza y el Código de Comercio, (Artículo 113, de la Ley). En materia adjetiva por el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Comercio.²³

Una diferencia importante entre ambos tipos de fianza, es la referente al beneficio de orden y excusión, ya que el fiador civil cuenta con estas prerrogativas; que si lo desea puede renunciar a ellas, siempre que lo exprese por escrito, mientras que la fiador mercantil por orden de su Ley Substantiva en

²³ El maestro Arturo Díaz Bravo, dice en su libro Contratos Mercantiles, que el acreedor opta por demandar exclusivamente a la afanzadora, deberá ajustarse a un procedimiento especial que no obstante su necesaria índole mercantil, no está regulado por el ordenamiento que norman el procedimiento mercantil, ni tampoco por las que le son supletorias, si no que está previsto y delineado por la Ley de Fianzas al que se le aplica suerte principal el CFPC, contratos mercantiles, Haría 1991, pág. 178.

su Artículo 118, manifiesta que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión. Entendemos por beneficios de orden y excusión a aquellos establecidos a favor del fiador, el de orden se constituye en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, si previamente no ha sido reconvenido el deudor. La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, de tal suerte que el fiador sólo responde con sus bienes en caso que el deudor no pueda cumplir con todo o parte de la obligación.

Por lo que respecta en la formalidad, la fianza civil no la requiere, ya que trata de un contrato consensual perfeccionándose con la voluntad de las partes.

Mientras que la fianza de empresa para perfeccionar su contrato, será por medio de la firma de un documento denominado contrato solicitud de fianza, más sin embargo, si no se firma éste; la póliza donde se consigne el contrato, surtirá sus efectos.

Por lo relativo a la capacidad que tiene el fiador de hacer frente a una obligación, se necesita que el fiador civil demuestre su solvencia, y la fiadora mercantil se considera de acreditada solvencia.²⁴

Con respecto a la obligación garantizada, una característica de la fianza de empresa es que la obligación siempre ó casi siempre, consiste en el pago de una

²⁴ Artículo 12 de la LFIF, dice que "Las Instituciones de Fianza por las mismas que otorga, se considera de acreditada solvencia. En los diversos casos, el otorgamiento de fianzas mientras las Instituciones no sean puestas en liquidación ó declaradas en quiebra, se consideran de acreditada solvencia o no estarán obligadas a constituir depósitos o fianzas legales con excepción de las responsabilidades derivadas de los juicios laborales, de empeno o créditos fiscales.

cantidad de dinero, mientras que la fianza civil, la misma puede constituirse en obligaciones de dar, hacer.

2.3. Elementos personales que intervienen en el contrato de fianza

Este tema, a mi punto de vista, constituye una diferencia más entre la fianza civil y la fianza de empresa, situación que no se contempló anteriormente, ya que en este punto, es la parte fundamental. El C.C. en su Artículo 2796 que a la letra dice:

"La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, si no 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".

Lo anterior nos muestra claramente que el fiador civil puede constituirse en favor del deudor por ruego de éste, con consentimiento de éste, sin que el deudor lo sepa, y más aún en contra de la voluntad del deudor, en este caso con limitaciones. En efecto si el fiador paga tiene que ser indemnizado por el deudor a pesar de que este no haya dado consentimiento para constituirse como fiador, si se constituyo en contra de la voluntad del deudor, el fiador solo tendrá derecho a cobrarla cantidad que beneficio el pago al deudor mientras que en el caso normal, es decir que la fianza se haya otorgado con el consentimiento del deudor, este debe indemnizar al fiador, por la suerte principal, intereses, gastos, u daños y perjuicios causados por la fianza para obtener el pago.²⁵

²⁵ Artículos 2826 y 2829 del C.C.

Es decir, las partes integrantes del contrato de fianza civil son:

Acreeador

Fiador: Quienes acuerdan sus voluntades.

Deudor: No es necesaria su comparecencia para el perfeccionamiento del contrato; pero se necesita que él tenga una obligación susceptible de garantía.

Para efectos de la fianza mercantil. Empieza a diferenciarse de la civil, en primer lugar por el número de participantes, pero una característica muy importante en este rubro, es que en este contrato mercantil, es casi necesario la comparecencia del deudor; para solicitar la fianza y digo casi porque no necesariamente se deben confundir la figura del fiado y solicitante, pero por lo regular sucede así.

En este orden de ideas, se describen a los integrantes del contrato de fianza de empresa mercantil como siguen:

Beneficiario de la póliza (acreeador).-Persona física o moral a quien se concede la fianza.

Fiado (deudor).- Persona física o moral a nombre de quien se emite la póliza, quien debe cumplir con una obligación válida.

Solicitante.- Es la persona física o moral que solicita el servicio de la afianzador ya que por lo regular, se trata del mismo fiado.

Obligado solidario.- Persona física o moral que se compromete con sus bienes de forma colateral a cumplir la obligación contraída por el fiado ante la Institución de fianzas; para en caso de que el fiado no cumpla. Esta figura sólo se usa en aquellos casos en que el fiado no puede respaldar por sí solo la obligación.

Intermediario (agente).- Persona física o moral que hace la conexión entre el cliente y Afianzadora, a efecto de que se entable una relación contractual, en la que la Institución tendrá que pagar una comisión por el servicio.²⁶

Afianzadora.- Es la persona moral, autorizada por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para responder a título oneroso por el fiado.

De la intervención de los sujetos que se mencionan en este subtema, se derivan diversas situaciones y relaciones entre los que participan, por lo que los efectos del fiador y acreedor son algunos los siguientes:

- El fiador está obligado a pagar si el deudor no cumple.
- El fiador puede oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal.
- El fiador no puede oponer las excepciones que sean personales del deudor.

²⁶ Los agentes de fianza, pueden ser personas físicas o morales que intervienen en la contratación o asesoramiento para contratarlas, conservarlas, modificarlas de acuerdo a la conveniencia de los solicitantes. Los agentes deben contar con autorización de la Comisión de Seguros y Fianzas, órgano que otorgará o negará discrecionalmente e inclusive puede revocarlos. El pago de la comisión o compensación por contratación de fianzas se hará exclusivamente sobre las primas que hayan ingresado a la institución y los agentes solo pueden cobrar la prima entregando un contra-recibo oficial expedido por la Afianzadora, por lo que no pueden recibir anticipos, pago de primas con recibos distintos Artículos. 87, 88, 89 bis, 90 y 90 bis de la LFIF.

- La transacción entre deudor y acreedor aprovecha al fiador.
- El fiador antes de pagar, puede pedir que se haga la exclusión de sus bienes. (Las Instituciones de fianza, no cuentan con este beneficio).
- El fiador puede pedir el beneficio de orden (Las Instituciones de Fianza, no cuentan con este beneficio).

Los efectos entre fiador y deudor son:

- El deudor debe indemnizar al fiador por la deuda principal, intereses, gastos y daños.
- Si el fiador se constituyó como tal en contra de la voluntad del deudor, el pago sólo se verificará sólo en la porción que ayudó al deudor.
- Si el fiador paga la deuda anticipadamente, éste sólo lo podrá cobrar al deudor cuando la deuda sea exigible.
- El fiador que paga, se subroga en todo los derechos que el acreedor tenía en contra del deudor.

2.4 Objetivo del contrato de fianza

El objetivo del contrato de fianza en general, civil o mercantil, consiste siempre en el pago de una suma de dinero, en la manera que se haya obligado al fiador.

Esta situación, está contemplada por la Ley Civil, ya que pudo obligarse en menor proporción que la obligación, en igual proporción, pero nunca en mayor proporción.²⁷

Más sin embargo, en las Afianzadoras se puede dar el caso de que éstas puedan tener responsabilidades que excedan de su margen de operación, es decir que la obligación a garantizar sea mayor a la cantidad que una Afianzadora tenga como límite máximo de responsabilidad; siempre que el exceso se distribuya entre otras instituciones, cuentan con la facultad de elegir entre designar esta operación como reafianzamiento o cofianzamiento, pero antes de expedir la póliza de fianza, deberá contar necesariamente con la aceptación por escrito de las instituciones que participen en el acto.

La fianza de empresa tiene como principal fin o motivo, que el acreedor tenga seguridad y firmeza en las operaciones que previamente han celebrado con sus deudores, para que una vez que se verifique el incumplimiento del deudor, el fiador responda.

Un aspecto importante que debe de tomarse en cuenta, es el relativo al acuerdo de voluntades que debe ser congruente con las prestaciones que se van a garantizar.²⁸

De modo que no tendría caso, que llevar a cabo un contrato de fianza en que el fiador no puede cumplir el cargo.

²⁷ Artículo 2799 del C.C.

²⁸ El acuerdo de voluntades en la fianza, debe coincidir con la prestación que se obliga a satisfacer el fiador en caso de que el deudor no cumpla con su obligación. Zamora y Valencia Miguel, México, Porrúa, 1991, p.287.

Es decir, el objeto de este contrato, será la conducta del fiador, manifestada como una prestación que puede encausarse como un hecho de dar o de hacer, por lo que:

- La cosa que está obligada a dar el fiador en caso de incumplimiento deudor (fianza civil)
- La suma de dinero que está obligado a dar el fiador en caso de incumplimiento del deudor (fianza de empresa o civil)
- El hecho que está obligado a realizar el fiador en el mismo supuesto

Como se ha reiterado anteriormente, el objeto del contrato o la conducta que debe manifestar el fiador, debe de consistir en garantizar la obligación en menor proporción en relación a la suerte principal, en iguales términos a ésta, pero nunca rebasando la obligación original.

Sin embargo, las fianzas de empresa cuentan con esa facultad, es decir pueden garantizar operaciones mucho mayores al margen de su operación, siempre y cuando el excedente lo distribuyan entre otras instituciones autorizadas para ese fin y éstas demuestren su consentimiento a favor.

De la anterior operación, la empresa de fianzas podrá decidir si la operación efectuada con otras instituciones, pueda ser reafianzamiento y/o cofianzamiento.

El reafianzamiento es un contrato por el cual una Afianzadora o aseguradora, cede o toma el riesgo que otra u otras instituciones del mismo tipo, contrajeron y que a su vez ceden o toman ese riesgo, comprometiéndose de

manera recíproca a pagar en caso de reclamación su participación proporcional en primas.²⁹

Mientras tanto, el cofianzamiento participan de forma exclusiva dos o más Afianzadoras que responden de forma individual frente al fiado y no recíprocamente como en el reafianzamiento.³⁰

En el cofianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coAfianzadoras en la proporción de sus respectivos montos de garantía.

²⁹ Artículos 114 y 115 de la LFIF.

³⁰ Artículo 116 de la LFIF.

CAPITULO III

REGIMEN DE RESPALDO O RECUPERACION

3.1 Concepto

El sector afianzador cuenta con una reglamentación específica en relación al régimen de garantías de respaldo o recuperación, este es el punto fundamental para una eficaz actuación de las Afianzadoras y proporcionar un buen servicio al público usuario, en especial al beneficiario de la póliza, ya que esto constituye la materia con la que cuenta la institución para hacer pago de la obligación. Por lo que el régimen de respaldo debe exigirse a los fiadores por las Afianzadoras.

Este régimen no constituye únicamente el patrimonio con que cuenta la Afianzadora para hacer frente a sus obligaciones con el beneficiario, más sin embargo no puede hacer uso de otro rubro que constituye su patrimonio pecuniario para hacer el pago, a menos de que se verifiquen supuesto. La recuperación en forma que libremente determine la Afianzadora; cuando actúe dentro de su margen; la garantía de recuperación deberá consistir en prenda hipotética, fideicomiso, obligación solidario o reafianzamiento.

Las definiciones o conceptos en materia jurídica son peligrosas, ya que las mismas constituyen fórmulas en donde deben constar la esencia y consecuencias de una figura o institución. es ese el motivo por el cual los autores manejan la diversidad, ya que unos abarcan todas las supuestas características que debe guardar el concepto, por lo que se hacen muy extensas

y otros las hacen muy concretas en las que no se consagran todos los elementos importantes, más sin embargo me permito enunciar la siguiente definición.

El régimen de recuperación o respaldo es el conjunto de condiciones estables y regulares que provocan una cadena de efectos jurídicos que afectan de manera directa al patrimonio de una persona física o moral que ha demostrado su consentimiento al garantizar una obligación con su patrimonio que ha gravado en prenda, hipoteca, fideicomiso, o se ha apersonado como obligado solidario, contrafiador o afectado un bien; debidamente consignado en un documento, para cumplir ante la Afianzadora, un crédito insoluto u obligación que ya ha sido o va a ser cubierta por la institución.

El régimen de garantías o de recuperación constituye un factor determinante, para que las organizaciones autorizadas para funcionar como Afianzadoras mantengan una economía saneada, es decir solvencia y solidez financiera. Esta fue la principal causa mencionada en la exposición de motivos de la LFIF. En el decreto se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1993.

De modo que para el legislador fue conveniente dotar a las Afianzadoras de autonomía suficiente para que de acuerdo a su criterio asuman responsabilidades en su cometido de otorgar fianzas, basándose en elementos objetivamente comprobables.

Por lo tanto las Afianzadoras deberán recabar las garantías de recuperación necesarias, con independencia del monto de la fianza.

Este régimen forma parte del activo computable de una institución de fianza. En el Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, define a los activos como el total de bienes materiales, créditos y derechos de una persona, sociedad, de una asociación, de una sucesión o de una empresa cualquiera. Refiriéndose al activo computable, éste es lo relativo a las partidas del activo que figuran en las contabilidades de las instituciones bancarias, fianzas y seguros; que de acuerdo a las disposiciones legales respectivas son computables como inversiones de los depósitos y reservas técnicas.³¹ Para esto la LFIF enumera que cosas o bienes constituyen el activo computable en su Artículo 40, que dice:

Artículo 40.- Solo se considera activo computable de las Instituciones de Fianza los siguientes bienes:

- I. Existencia en caja, representada por moneda de curso legal y divisas extranjeras
- II. Depósitos, préstamos y créditos en la Institución de Crédito
- III. Valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal e Instituciones de Crédito
- IV. Valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores

³¹ Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Porrúa, 1991, pág. 73-75.

- V. Acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de edificios destinados al establecimiento de las oficinas de la Institución.
- VI. Viviendas de interés social e inmuebles urbanos.
- VII. Acciones de las sociedades a que se refieren los Artículos 9, 42, 79 de la Ley de Instituciones de Fianza (se hace referencia a las organizaciones auxiliares de fianza, otras instituciones de fianza o seguros, con sociedades a las que presten servicio), salvo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, señale expresamente como no computables, considerando la naturaleza de sus operaciones.
- VIII. Los títulos recibidos en descuento y redescuento a Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito a fondo permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el Gobierno Federal en Instituciones Nacionales de Crédito.
- IX. Créditos garantizados con prenda, hipoteca o fideicomiso.
- X. Créditos provenientes de operaciones propias del objeto de la Institución de Fianza.
- XI. Frutos civiles de sus inversiones y créditos.
- XII. Muebles necesarios para su servicio.
- XIII. Gastos anticipados, los de establecimiento y organización.
- XIV. Bienes diversos de las indicadas en las fracciones anteriores que la Institución adquiera con motivo de sus créditos.
- XV. Las que autorice y regule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por provenir de operaciones compatibles, análogas y conexas a las que le sean propias.

Para que alguno de estos bienes pudiere negociarse, deberá seguir ciertas reglas, pero el propósito de este trabajo es muy distinto al de mencionar el manejo del activo computable; sin embargo solo es mi intención revelar de que forma parte el régimen de recuperación o respaldo, ya que no es la única forma de que la Afianzadora haga frente a sus obligaciones, por lo que resulta necesario hablar de las reservas.

Esta figura que la Ley de Fianzas exige su constitución, se refiere a cantidades que se deben de destinar para en caso de que el régimen de recuperación o respaldo se haya agotado o exista demasía de pago que el mismo no alcance a cubrir, las obligaciones que garantizó.

Las reservas a que se refiere se denomina en vigor, de contingencia y otras que la misma ley establece.

La reserva de fianza en vigor se formará con el 50% de la prima bruta, correspondiente a la primera anualidad de vigencia y subsistirá hasta que la fianza sea cancelada; en caso de que la prima exceda de un año que la Institución cobre anticipadamente, se incrementa por su total la reserva de fianza y se aplicarán al iniciarse cada periodo anual de vigencia.

La reserva de contingencia se constituye con el 10% de las primas retenidas por la Afianzadora, ésta será acumulativa y dejará de incrementarse con el total o la cantidad que genere el 10% acumulado a juicio de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la reserva sea suficiente para cubrir las posibles pérdidas por pago de responsabilidades, siempre que la Afianzadora de que se trate, tenga una sana situación técnica financiera.

Existen situaciones en que las Afianzadoras tengan que hacer inversiones en ambos tipos de reserva, tales como una Institución que contraten reafianzamiento con Instituciones del país, solo por parte de la prima que a cada una corresponda tener o las instituciones del extranjero deberán invertir totalmente las reservas de fianzas en vigor y de contingencia, misma que subsistirá hasta que se cancele la fianza.

De las reservas solo pueden disponerse de ellas cuando se verifique:

- La existencia de sobrantes de inversión en relación a la reserva.**
- La liquidación judicial o administrativa de la Afianzadora.**
- Que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deba cumplir mandamientos de ejecución en contra de la Institución de Fianza, a menos de que la Secretaría decida dejar sin efectos la autorización para operar.**
- El remate en bolsa de valores propiedad de la Institución, bastante para cubrir el importe de lo reclamado.**
- La ejecución de los laudos o sentencias en contra de la institución.**
- El pago por concepto de reclamaciones de fianzas otorgadas que carezcan de activos líquidos o las garantías de recuperación no sean de fácil e inmediata realización, para lo cual deberá avisar a la Comisión de**

Seguros y Fianzas y solo podrá disponer del 25% del total de la reserva y si lo que se tiene que cubrir excede de ésta, podrá usar un total del 50% con autorización de la Comisión.

- **Si la Institución atraviesa por una crisis financiera, es decir reporte pérdidas por reclamaciones pagadas, irrecuperables que afecten a su capital, podrá disponer de las reservas solo con autorización de la Comisión de Seguros y Fianzas y solo podrá disponer hasta el 50% del total.**

Las reservas de fianzas se invertirán en los bienes y valores que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.³²

Esto es con lo que las Afianzadoras tienen para poder responder ante las obligaciones que han garantizado, más sin embargo como ya se apuntó el objetivo del régimen de recuperación, es que mediante el financiamiento de este, no se pueda llegar a la utilización del activo computable y las reservas.

El fundamento legal del régimen de respaldo o recuperación se encuentra insertado en el Artículo 10 de la LFIF. Este precepto ordena que las Instituciones de Fianza, 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.

³² El manejo de las reservas se consigna en los Artículos 46 al 50 de la LFIF.

Pero existe una excepción a esta disposición y el uso de ésta, depende directamente de la Afianzadora, es decir la Ley de Fianzas también contempla que las fianzas de fidelidad y las que se otorgan ante las autoridades judiciales en materia penal pueden expedirse sin garantía suficiente, ni comprobables a menos de que se trate de fianzas que garanticen la reparación del daño o se otorguen para que obtengan la libertad provisional del procesado, por delitos en contra de las personas en su patrimonio.³³

Del mismo modo, bajo su más estricta responsabilidad, la Afianzadora no requerirá recabar la garantía de recuperación cuando considere que el fiado o sus obligados solidarios son solventes y cuentan con capacidad de pago.³⁴

Por otro lado, las personas morales que se constituyan como obligados solidarios o contrafiadores, deberán tener sus representantes poder para actos de dominio.

Las garantías que las Instituciones de fianza deben de obtener podrán ser:

- Prenda
- Hipoteca
- Fideicomiso
- Obligación solidaria
- Contrafianza
- Afectación de garantía

³³ Artículo 22 de la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

³⁴ Artículo 24, párrafo I de la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

3.2 Prenda

La prenda proviene del latín *Pignora*, que significa objeto que se da en garantía, esta figura se puede distinguir entre derecho de prenda y contrato de prenda, siendo aquel el derecho que el acreedor obtiene como garantía sobre un determinado mueble ajeno y del contrato de prenda, la fuente o modo que se constituye ese derecho.

El derecho de prenda se constituye como una garantía al acreedor, en el cual el deudor responde el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes.³⁵

La prenda al ser un derecho real tiene los caracteres de inmediatidad y absolutividad, es decir que la relación entre el acreedor y la cosa dada en prenda es inmediata, por lo que no se requiere la intervención de otro sujeto para destinar el bien dado en garantía a su función, porque el acreedor con respecto al objeto tiene una preferencia y persecución del bien.

La prenda al igual que la hipoteca, exige publicidad, en esta figura se cumple con la entrega material del objeto al acreedor, mientras que en la hipoteca, la misma consiste en su inscripción en el Registro Público. La entrega a la que hacemos referencia puede ser real o jurídica, en tendiéndose por real la entrega material y por jurídica la que se constituye por convenio celebrado con el acreedor para que el objeto quede en poder de un tercero o del mismo deudor, situación que para que surta sus efectos será necesario la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

³⁵ Artículo 2856 del C.C.

Por todo lo antes expuesto se derivan de este contrato de prenda cuatro características; siendo la primera la *accesoriedad*, que sirve de garantía a un adeudo principal y al extinguirse esta también se extingue el derecho de prenda. La segunda es la *especialidad*, porque la prenda debe recaer sobre bienes singulares extendiéndose a todos los derechos inherentes de la cosa e inclusive al aumento que presente. La tercera es la *determinabilidad*, que quiere decir que la garantía se concede para ciertos créditos incluyendo los intereses por tiempo determinado. La cuarta es la *indivisibilidad*, consistente en que el derecho se extiende sobre el bien en su totalidad y cada una de sus partes para garantizar el completo crédito.

El vínculo entre el derecho de prenda y la obligación, dan lugar a consecuencias tanto en beneficio del acreedor o del deudor. Los beneficios del acreedor denominados como pérdida del beneficio o del término se forman en caso de que el objeto, materia de la prenda se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor; se puede exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda, inclusive antes de fenecer el plazo convenido, además de que si el mismo acreedor es perturbado en la posesión de la prenda, debe avisarlo al dueño para que la defienda, si éste hace caso omiso será responsable de los daños y perjuicios causados.

Los beneficios del deudor consisten en la prohibición del pacto comisorio que significa que verificado el incumplimiento del deudor, el acreedor no puede quedarse con el bien dado en garantía por su propia autoridad sin embargo, puede pedir al Juez, decrete la venta pública inclusive adjudicarse dicho bien.

La prenda en la legislación de fianzas ante la Afianzadora solo puede constituirse sobre:

- **Dinero en efectivo.**
- **Depósitos, préstamos y créditos en Instituciones de crédito.**
- **Valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal e Instituciones de crédito.**
- **Valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores, pero la responsabilidad de la fiadora no excederá del 80% del valor de la prenda.**
- **Otros bienes valuados por Institución de crédito o corredor, en los mismos términos del punto anterior.³⁶**

La prenda otorgada sobre efectivo o valores, sin importar el monto de la fianza, deberá depositarse en un término de 5 días hábiles en una Institución de crédito y de ellos solo se dispondrá cuando la fianza sea reclamada o sea cancelada o se substituya la garantía.

Pero si los valores o el efectivo ya está depositado en alguna Institución de crédito, Casa de Bolsa, Sociedad Mercantil o Instituto de Depósitos, solo se necesita que el deudor prendario gire instrucciones para que el depositario constituya la prenda.

Si se trata de bienes distintos del efectivo o valores, la prenda podrá que dar en poder de quien la otorga; esto se tomará en cuenta para fines de responsabilidad civil o penal.

³⁶ Artículo 26 de la LFIF.

Para que la Institución de Fianzas, en caso de que haya otorgado prenda en favor de éstas, podrá pedir en su oportunidad y en representación del deudor prendario, la venta de los bienes, aplicando la parte del precio a lo adeudado por el fiado.

Para esto se solicitará al depositario de los bienes objeto de la prenda, bajo la responsabilidad de la Institución, la entrega de estos y a cambio deberá proporcionar la Afianzadora al depositario copia certificada de la constancia expedida por el beneficiario de la póliza, donde conste su pago por la reclamación. Una vez realizado lo anterior, la Institución de Fianza puede ejercitar los derechos del deudor prendario para hacer efectiva la garantía de prenda a favor de la Afianzadora.

Si la prenda se constituyó sobre dinero en efectivo o en depósitos en una Institución de crédito, se aplicarán en recuperación de lo pagado y accesorios causados que se hayan pactado en el contrato de fianza. En caso de que la prenda se haya constituido sobre valores, la Afianzadora puede pedir su venta a través de Casa de Bolsa y los gastos erogados serán cargados al deudor prendario.

La LFIF, prevé que en caso de que la prenda se haya constituido sobre distintos a los que se mencionaron anteriormente, la misma se hará efectiva de la siguiente manera:

La institución de Fianzas, solicitará un corredor público o a falta de éste a dos comerciantes a que procedan a la venta directa de los bienes, misma que se llevará a cabo en los siguientes 15 días de que se hizo la solicitud, si en ese

tiempo no se logró la venta, ya sea el corredor o los comerciantes, harán una convocatoria en los siguientes 10 días hábiles que tendrá que publicarse en el Diario Oficial de la Federación o en periódicos de mayor circulación del lugar donde se ubiquen los bienes; la publicación es para efectos de convocar postores, tomando como base la postura que será de las dos terceras partes del precio del avalúo que se practique sobre los bienes o del precio que pactaron las partes en el contrato de origen, lo que sea mayor; el avalúo tendrá una vigencia de tres meses.

Al pasar los 10 días sin lograr la venta de los bienes, se propondrá una nueva convocatoria, además de su publicación al igual que en el párrafo anterior, pero el precio de base sufrirá una rebaja del 25% y así se hará hasta lograr la venta de los bienes.

Al suscitarse la venta de éstos, el responsable de haberla llevado a cabo (corredor público o comerciantes), entregarán los bienes al comprador, extendiéndole el documento que formalice la operación el cual será constancia de adquisición.

Con el producto de la venta de los bienes, se hará entrega a la Afianzadora para que ésta recupere las cantidades que erogó en la venta, así como los demás adeudos incluyendo los accesorios pactados o establecidos por la Ley de Fianzas, el remanente se aplicará para recuperar la cantidad pagada al beneficiario de la póliza.

En caso de no existir postores, la Afianzadora puede adjudicarse los bienes al valor que corresponda a las dos terceras partes del precio de la convocatoria respectiva.

Para el supuesto de que antes de la venta del inmueble, los títulos materia de la prenda en su caso, se verifique su vencimiento o sean amortizados, la Afianzadora podrá conservar con el mismo carácter las cantidades que por este concepto recibe en substitución de los títulos cobrados o amortizados, estos conceptos los puede aplicar en pago de los adeudos a su favor.

Si existe sobrante, una vez cubierto los gastos generados por la venta de los bienes y la recuperación que haya adeudado el fiado, este sobrante se le entregará al deudor prendario o se procederá de inmediato a su consignación, anexando la situación contable, comprobatoria de las aplicaciones del dinero.³⁷

El deudor prendario puede oponerse a la venta de los bienes materia de la garantía en cualquier momento del procedimiento aquí expuesto, haciendo el pago a la Afianzadora de lo que se le adeude u ofreciendo pagar en las siguientes 72 horas, contadas a partir de la oposición a la venta; sino se verifica el pago en este término, se continuará con el procedimiento para la venta de los bienes, sin que por posteriores ofrecimientos del deudor prendario, pueda suspenderse, a menos de que haga el pago total del adeudo. Sin embargo, la Institución de Fianza es responsable de los daños y perjuicios que se le causen al deudor prendario por violaciones al procedimiento antes expuesto.

³⁷ Artículo 123 de la LFIF.

3.3 Hipoteca

Del latín *hypotheca* y del griego *hypoteke*, prenda, suposición en el sentido de poner una cosa debajo de otra. Añadiría, apoyar, sostener o asegurar una obligación.

Es un derecho real de garantía que se constituye por convención entre las partes, por manifestación unilateral de la voluntad o por imperio de la ley a efecto de asegurar el pago de un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y en caso de incumplimiento, se puedan vender, para que con su precio se cubra la deuda.

Es un derecho real porque siempre se tiene sobre el bien, aunque este pase a poder de otro poseedor o propietario, derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago. El acreedor puede hacer valer su derecho tomando en cuenta su grado de preferencia que la ley indique y perseguir la ejecución de la cosa.

La hipoteca accesoria de una obligación personal que garantiza el cumplimiento, va corriendo la suerte de la obligación principal, es inseparable esta característica, ya que la hipoteca seguirá al bien a pesar de las transmisiones de dominio que sufra el mismo. Es indivisible, es decir si la deuda que se garantiza es reducida por pagos parciales, la hipoteca subsiste hasta el total finiquito del adeudo. La hipoteca solo puede recaer sobre bienes determinados por lo que tiene la característica de especial, gravando a la suma de dinero garantizada e intereses por lo que al exceder de determinado valor debe elevarse a escritura pública.

Esta garantía debe tener publicidad, necesariamente debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que el gravamen tenga validez frente a terceros.

Para el Código Civil la hipoteca puede constituirse de dos formas: voluntaria y necesaria. La primera es la que se pacta entre las partes, por disposición unilateral del dueño de manera voluntaria; la segunda es la que tiene su origen en un mandato legal y su finalidad es preservar los derechos de una persona, por ejemplo los de un menor de edad.³⁸

La hipoteca afecta de manera directa al bien dado en garantía, ya que si se verifica el incumplimiento de la obligación es susceptible de ser vendido en pública subasta para pagar lo que se garantizó.

Cabe mencionar que para extinguirse este tipo de contrato, se pueden dar de diversos puntos de vista, razón por las que se conjuntan en los siguientes rubros:

- Relativas al bien hipotecado. Por ejemplo la expropiación del mismo.**
- Relativas a la obligación en que se sirvió de garantía (cumplimiento forzoso mediante remate).**

³⁸ Si otras garantías como la prenda y la fianza han sido fecundadas por el comercio, se han reproducido por bipartición, ninguna razón hay para que el legislador se niegue a admitir que lo mismo ha ocurrido con la hipoteca, luego de reconocer que en la actualidad al lado civil se da la hipoteca mercantil a despecho de la carencia de específicas disposiciones para ello, del mismo modo que el arrendamiento mercantil. Díaz Bravo, Arturo. Contratos mercantiles. Haría, 1991, p. 174.

- Relativas al derecho del deudor sobre el bien hipotecado (extinción).
- Relativas a la acción hipotecaria (prescripción, caducidad).
- Relativas al registro (cancelación).

La hipoteca en la legislación de fianzas

La garantía que se constituye en hipoteca para la Afianzadora, tendrá que ser sobre bienes valuados por Institución de crédito o puede versar sobre una unidad completa de una empresa industrial, en caso de que se otorgue sobre una empresa, la hipoteca comprenderá todos los elementos materiales, muebles o inmuebles destinados a la explotación, considerados dentro de la empresa e incluso los derechos de crédito a favor de la industria gravada.

La Afianzadora como acreedora de las garantías hipotecarias, no pueden oponerse a las alteraciones o modificaciones que a dichos bienes se les realice durante el plazo que tenga vigencia la garantía hipotecaria, a menos de que ese cambio favorezca a la mejor prestación del servicio.

Para efectos de la cantidad que garantiza la Afianzadora en este modo, no podrá ser superior al 80% del valor disponible de los bienes, cuando la hipoteca recaiga sobre bienes inmuebles y podrá constituirse en segundo lugar cuando la garantía de hipoteca se constituya sobre empresas industriales, garantizar el importe de la fianza otorgada.³⁹

³⁹ Para demostrar la existencia de la hipoteca mercantil, cabe señalar aquellas referentes a la constitución de la hipoteca en garantía de pago de una emisión de obligaciones o la hipoteca sobre la unidad completa de una empresa, para garantizar el pago de un crédito bancario, según el Artículo 50 de la LGOAC.

3.4 Fideicomiso

Del latín fideicomisum, fideicomito; de fide, fe, comito, confiar que significa encomendar a la probidad de alguno para que realice su voluntad.

Es un contrato por el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre una parte de sus bienes a una Institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito que la propia persona señala en el contrato respectivo.

Las partes que intervienen en el fideicomiso son:

Fideicomitente.- Persona física o moral que constituye el fideicomiso.

Fiduciario.- Institución de crédito, con permiso o concesión para actuar como tal.

Fideicomisario.- Es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso o recibe el remanente una vez cumplida la finalidad.⁴⁰

El fideicomiso siempre debe constar por escrito, por lo que puede ser pacto entre vivos o por testamento, siendo este contrato convencional por establecerse al acuerdo de voluntades y debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso. La constitución de éste hace alusión a dos operaciones: primero, es el medio por el cual se transmite un bien o un derecho al fiduciario; segundo, se obliga al fiduciario a afectar los bienes o derechos a

⁴⁰ Artículos 348, 349 y 350 de la LGTOC.

una finalidad lícita determinada, retransmitiéndolos al mismo fiduciario o a un tercero.

Esta figura mercantil (fideicomiso) puede revestir en diversas formas, pero los más comunes son los siguientes:

- Fideicomiso de Administración (bienes o patrimonios.)
- Fideicomiso de mandato o representación del fideicomiso
- Fideicomiso de garantía⁴¹

De acuerdo al Artículo 351 de la LGTOC, pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

En el Fideicomiso en la legislación de fianzas solo se aceptará como garantía, cuando se afecten bienes o derechos presentes y no se sujeten a condición. Pero le serán aplicables las proporciones y requisitos exigidos por la Ley Federal de Fianzas para las demás garantías.

En la propia constitución del Fideicomiso se puede convenir el procedimiento para la realización de los bienes o derechos del mismo, cuando la Afianzadora deba pagar la fianza o habiendo hecho el pago al beneficiario de la póliza, tenga derecho a la recuperación correspondiente.

⁴¹ Fideicomiso de garantía es un negocio jurídico accesorio, en virtud del cual una o varias personas transmiten en forma irrevocable ciertos bienes o derechos a una Institución Fiduciaria para la realización de un fin lícito consistente en garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones en favor de uno o más sujetos, los cuales deben estar expresamente señalados en el acto constitutivo. Morales Armendariz, Raúl. Contragarantías en la fianza de empresa. México, 1980. Tesis profesional.

Las partes pueden autorizar a la Institución Fiduciaria para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de esa enajenación se cubra a la Afianzadora las cantidades a las que tenga derecho, con la debida comprobación.

En los casos de garantía otorgadas para el régimen de recuperación y que consistan en hipoteca o fideicomiso sobre inmuebles, las Instituciones de Fianza pueden proceder a su elección para el cobro de las cantidades que erogó por el otorgamiento de fianzas en favor de un beneficiario y sus accesorios por la vía ejecutiva mercantil, la vía hipotecaria y una tercera opción consistente en hacer vender los inmuebles.⁴²

Esta última se tiene que sujetar a las siguientes bases:

La Afianzadora solicitará, bajo su responsabilidad a un corredor público o Institución Fiduciaria que proceda a la venta de los bienes, previo avalúo practicado por una Institución de crédito o tomar en cuenta el precio convenido por las partes, lo que sea mayor, al igual que en las otras garantías, el avalúo solo tiene vigencia de tres meses.

Se notificará al propietario de los bienes, el inicio del procedimiento, por carta certificada con acuse de recibo, por notario público, por corredor público o en la vía de jurisdicción voluntaria.

⁴² Artículo 124 de la LFIF.

El propietario del inmueble podrá oponerse a la venta de los bienes, por lo que tendrá que acudir dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación, ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde estén los bienes ubicados o al Juez competente del domicilio de la Institución de Fianza, para hacer valer las excepciones que tuviere. De la oposición se correrá traslado por 3 días a la Institución de fianza y al fiduciario, solo para efectos de suspender la venta de los bienes.

Este procedimiento contempla un periodo probatorio, si se promueve, que no podrá pasar de 10 días para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo. Asimismo, se citará a una junta, que se celebrará dentro de los 3 días siguientes para oír alegatos de las partes y dentro de los siguientes 5 días se pronunciará una resolución, la cual solo admitirá el recurso de apelación en efecto devolutivo.

Si se declara infundada la oposición, se notificará a la Afianzadora y al fiduciario para proceder a la venta de los bienes.

Se adjudicará el bien a el comprador que mejor condición ofrezca por medio de escritura pública que firmará el deudor y si éste se negare, la Institución de fianza o el fiduciario, podrá solicitar al Juez que lo haga en rebeldía del deudor.

En caso de no existir comprador, el corredor o el fiduciario harán una convocatoria, que se publicará en el Diario Oficial de la Federación o en los periódicos de mayor circulación del lugar donde estén ubicados los bienes, para que en un plazo de 10 días naturales contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, en subasta pública se venda el inmueble y como base el

precio del avalúo practicado o el precio pactado en el contrato lo que sea mayor, con un descuento del 20% y así sucesivamente hasta que se logre la venta.

A falta de compradores o postores, la Afianzadora tendrá la facultad de adjudicarse el inmueble a un precio igual del que sirvió de base en cada almoneda. Si se realizó la venta, con el producto de ésta, se le entregará a la Afianzadora y en su caso la fiduciaria, para que aplique la cantidad necesaria para recuperar lo pagado por la Afianzadora en los siguientes conceptos: los accesorios, los gastos y costas, las primas pendientes; en base a los términos de la contratación con el deudor hipotecario o con el fideicomitente dependiendo la situación.

De existir sobrante, se entregará de inmediato al deudor hipotecario o fideicomitente o se realizará de inmediato la consignación respectiva a la cual se le acompañará la documentación comprobatoria de los gastos.

Se aplicará de manera supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles, estando obligada la Institución de fianza a respetar los derechos de acreedores preferentes.

3.5 Obligación solidaria

Como se puede observar en los preceptos de la Legislación de Fianza, no existe precepto que se refiera o que se explique lo que se entiende por obligación solidaria, sin embargo por ésta se debe extender cuando existe pluralidad de deudores o de acreedores, en relación a una misma obligación.

Esta mancomunidad no hace que los acreedores puedan cada uno exigir el total cumplimiento, ni a los deudores a que cada uno cumpla con la integridad de la obligación. La legislación civil ordena que se divida la deuda en tantas partes como acreedores o deudores sean y esta porción de deuda es distinta a la de otro deudor o codeudor.

Para efectos de poder ser obligado solidario en relación a un otorgamiento de fianza, ésta solo se aceptará cuando comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimientos debidamente inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio.

En esta situación, el monto de la responsabilidad de la Institución, no podrá exceder del 50% del valor disponible de los bienes.

Esta se constituye cuando el solicitante de la fianza no cuenta con garantías reales, por lo que otra persona física o moral responda con sus bienes o patrimonio en caso de que el fiado incumpla.

3.6 Contrafianza

Sin duda alguna el legislador hizo mención sobre este tipo de garantía tomando en cuenta lo establecido en la garantía civil de la fianza que se reglamenta en el Código Civil.⁴³

⁴³ Obregón Padilla Antonio, Ob. Cit.

Sin embargo, cabe señalar que para la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas admite que esta figura es utilizada para efectos de cumplimiento de obligaciones por un nacional en territorio extranjero o viceversa, en los mismos términos de la obligación solidaria.⁴⁴

3.7 Afectación en garantía

La afectación en garantía en sí, es una conducta del fiado, obligado solidario o contrafiador expresa y que deberá hacerla por escrito, con lo que podrá afectar bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para hacer frente al cumplimiento de obligaciones con las Instituciones de fianza.

Lo anterior se hace cuando la fianza que se va a otorgar es muy cuantiosa o el fiado u obligado solidario no reúna garantías al dos por uno, en fianzas penales o de crédito.

Los bienes inmuebles que se afectarán, deberán estar inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio a nombre del fiado u obligado solidario.

El documento donde conste la afectación de garantía será ratificado ante Juez Notario, Corredor público o Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

⁴⁴ La Fianza. Ob.Cit. pág. 135.

El asiento de afectación se realizará en el Registro Público de la Propiedad. La afectación en garantía surte sus efectos contra terceros desde su inscripción en el Registro.

Una vez que se le ha cubierto a la Afianzadora todos sus adeudos y la fianza haya sido cancelada debidamente, está obligada a extender a los obligados solidarios, solicitantes, fiados que hubieren constituido garantía sobre bienes inmuebles, las constancias necesarias para su tildación de las afectaciones marginales asentadas.

Las garantías se exigen para evitar que las Instituciones de fianza tengan pérdidas y que puedan resentir las mismas, por el pago de reclamaciones que se supone deben ser ocasionales.

Este régimen de recuperación o respaldo se activa una vez que el fiador, en estos casos la empresa, ha pagado la deuda de su fiado al beneficiario, en este sentido el fiador queda subrogado por Ministerio de Ley en todos los derechos, acciones o privilegios que el acreedor tenía originalmente en contra del deudor; por esta razón puede repetir en contra de éste, pero si por causa imputable al beneficiario no se puede llevar a cabo la subrogación, la Institución de fianza se libera de sus obligaciones.

Como ya se menciona, la vía judicial que a elección de la Afianzadora puede ejercitar en contra del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, son las más rápidas y expeditas. En el punto relativo a los tipos de garantías, se expuso la forma de como podría hacerse efectiva, por lo que la Afianzadora para

iniciar juicio de recuperación, puede optar por la vía Ejecutiva Mercantil o en su caso, la Especial hipotecaria cuando se trata de inmuebles.

Los documentos que la Afianzadora basa su acción son los siguientes:

- Copia simple de póliza
- Certificación de las personas facultadas por el Consejo de Administración de la Institución de Fianza, donde conste que esta ha hecho pago al beneficiario. Todo esto lleva aparejada ejecución; así también para el cobro de primas vencidas o no pagadas y accesorios.⁴⁵

Las indicadas garantías se podrán constituir antes, al momento o después de celebrarse el contrato de fianza. La Afianzadora tiene acción en contra del solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario antes de que éstas paguen, para exigir que garanticen con los medios de garantía que integran este capítulo, por las cantidades que pueda tener responsabilidad la Institución en los casos siguientes:

- Cuando se requiera judicial o extrajudicialmente a la Afianzadora.
- Cuando la obligación sea exigible sin necesidad que exista requerimiento.
- Cuando el obligado sufra menoscabo en su patrimonio con riesgo de que quede insolvente.

⁴⁵ Una póliza de fianza y un convenio relacionado con ella, son documentos que traen aparejada ejecución, si de ellos se desprende que se trata tanto de una deuda líquida como de plazo cumplido. Suprema Corte de Justicia. Sexta época, Vol. 1º, Tercera sala, pág. 116.

- Cuando algún obligado de datos falsos de su solvencia o su domicilio.
- Cuando la Afianzadora compruebe que algún obligado incumple con las obligaciones de terceros y ponga en peligro las garantías de la Institución.

Con la comprobación de alguno de los puntos anteriores, la Institución de fianza, tiene la facultad de obtener secuestro precautorio, ya sea como acto prejudicial o después de haber iniciado el juicio correspondiente, tomando en cuenta la forma y plazos que enumera el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las garantías que recaigan sobre bienes inmuebles, es necesario que se haga la inscripción respectiva en el Registro Público de la Propiedad, por lo que al practicarse el embargo en el juicio ejecutivo mercantil de recuperación sobre los mismos bienes secuestrados, la Afianzadora conserva respecto a otros acreedores el mismo lugar que tenía en el embargo precautorio, retrotrayéndose los efectos del embargo definitivo a la fecha del precautorio.

La Afianzadora puede embargar bienes que se hayan inscrito en el Registro Público de la Propiedad, para efectos de que se haga la anotación preventiva en el folio correspondiente al inmueble que se dio en garantía, se puede hacer el embargo aunque ese mismo bien haya pasado a un tercero por cualquier título.

Los créditos de las Afianzadoras se pagarán con preferencia de acreedores, hipotecarios o embargantes.

Las instituciones de fianza pueden constituirse en parte y gozar de todos los derechos inherentes a ello; ya sea en juicio u otros procedimientos en los que se otorgue la póliza, si como en los procesos que se sigan a los fiados por las responsabilidades que hayan sido garantizadas.

CAPITULO IV
BENEFICIARIOS, ANTE LA NECESIDAD DE HACER EFECTIVO
EL CREDITO GARANTIZADO POR LA AFIANZADORA

4.1 Beneficiario

Es la persona física o moral a quien se le otorga la fianza, dicha persona siempre será el acreedor en la relación contractual, origen de la obligación principal.

La figura del beneficiario tiene origen en la cultura romana, éstos le dieron como significado el beneficio de la Ley, un privilegio que se le otorgaba a una categoría de individuos por consideraciones especiales. Por esta razón, el beneficiario venía a ser la persona que obtenía un privilegio legal por encontrarse en una situación particular, por lo que debía de ser protegida jurídicamente.⁴⁸

Que mejor que lo anterior mencionado si el objeto del contrato de fianza es dar firmeza al contrato u obligación en la cual esta figura es la acreedora, en virtud de llevar una relación con la Afianzadora, que es la que debe de otorgar el pago en caso de que no cumpla un tercero que es el fiado.

⁴⁸ Diccionario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, Porrúa, 1991, Tomo I, pag. 333.

Por el hecho de tener ese carácter beneficiario, cuenta con la facultad de reclamar la cantidad consignada en la póliza, por lo que cuenta con diversas opciones que marca la LFIF.

4.2 Póliza

Al contratar la fianza, la Institución debe expedir un documento que se llama póliza, misma con la cual solo podrá sumir obligaciones como fiador.⁴⁷

Tal alcance tiene este documento que, la Ley respectiva a las Afianzadoras solo permite que estas asuman responsabilidades solo mediante la expedición y otorgamiento de pólizas numeradas y documentos que contengan operaciones que permita el contrato de fianza, tales como ampliación, prórroga y otros modificativos, así como también las indicaciones administrativas que fije la S.H.C.P. y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.⁴⁸

Este documento entonces es en el que debe fundarse la acción que persiga el beneficiario, por lo que al proceder en las diversas formas para hacer efectiva la misma, debe acreditar que ésta se le otorgó y en caso de extravío, pueda pedir a la Afianzadora un duplicado a costa del solicitante.

La devolución del documento (póliza) a la Institución de fianza, crea la presunción de que la obligación fiadora de ésta se extinguió.

⁴⁷ Anteriormente el Artículo 80 de la LFIF ordenaba que la Institución debería someter a la aprobación de la S.H.C.P. las pólizas que van a utilizar en sus operaciones. Este Artículo fue derogado el 14 de junio de 1983.

⁴⁸ Artículo 117 de la LFIF.

4.3 Procedimientos convencionales

4.3.1 Reclamación ante la Institución de fianzas

La reclamación se verifica cuando una Afianzadora tiene responsabilidades que derivan de la contratación de una fianza y los derechos y obligaciones que constan en una póliza.

Este procedimiento es muy importante para poder hacer exigible la garantía que cubre la Afianzadora, puesto que este proceso es el único que interrumpe la prescripción, ya sea que la Afianzadora se haya obligado por tiempo determinado o indeterminado.

Cuando la obligación de la Afianzadora sea por tiempo determinado, queda libre de cumplir con su obligación por caducidad, si el beneficiario no presentó la reclamación de la fianza dentro del término ordenado en la póliza o en los siguientes 180 días naturales a la expiración de la vigencia.

Si por otro lado, la fiadora se obligó por tiempo indeterminado, se libera de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario acreedor no presenta la reclamación de la fianza en los siguientes 180 días naturales a partir de la fecha en que la obligación que se garantizó sea exigible por incumplimiento.

Presentada la reclamación en los términos antes descritos, nace el derecho para hacer efectiva la póliza quedando sujeta a prescripción.⁴⁹

⁴⁹ Tercer Tribunal Colegiado del Circuito en materia civil Ad. 1450/85, Afianzadora Mexicana S.A. 8 de agosto de 1985. Unanimidad de votos, ponente Jorge Becerra Santiago.

Los Tribunales Colegiados han interpretado esta situación en la siguiente forma:

Oportunidad para la exigibilidad de la fianza. Como el Artículo 93 de la LFIF no señala término para que el beneficiario requiera el pago a la Afianzadora como requisito previo para iniciar el juicio en contra de ella, se entiende que puede hacerlo mientras no haga prescrito esa obligación, tomando en cuenta la fecha en que fue exigible la misma; deviniendo así que en segundo requerimiento de pago a la fiadora, en fecha en que no había operado la prescripción de su obligación interrumpe esta.

La Afianzadora se libera por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de 3 años, lo que sea menor.

También puede suspenderse la prescripción con cualquier requerimiento escrito hecho por el beneficiario en contra de la Institución o en su caso, la reclamación de la fianza.

Para iniciar la reclamación, el beneficiario, requerirá por escrito a la Institución el pago de la fianza, anexando la documentación y demás constancias necesarias para demostrar tanto la existencia como la exigibilidad de la obligación que se garantizó.

Más sin embargo, la Institución tiene derecho a solicitar al promovente o beneficiario, toda la información o documentos que se estime sea necesario y se relacionen con la fianza, todo esto se hará llegar en un plazo de 15 días naturales si no se proporcionan, se tendrá por integrada la reclamación.

Por el contrario, si la Institución no hace uso del derecho de solicitar la información, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario.

Ya integrada la reclamación, la Afianzadora cuenta con 30 días naturales, para proceder al pago o comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de la improcedencia.

No obstante, cabe la posibilidad de que la reclamación proceda parcialmente, para lo cual hará el pago de lo que reconozca la Institución y el beneficiario está obligado a recibirlo, más sin embargo se preserva su derecho de acudir a los Tribunales de Justicia para reclamar la diferencia. Cabe hacer mención que si no se hace el pago en el término establecido, se causan intereses. Este se calculará aplicando la tasa anual equivalente al resultado de multiplicar por 1.15 la estimación del costo porcentual promedio de captación de las Instituciones del país que el Banco de México publica en el Diario Oficial de la Federación que corresponda al mes inmediato anterior en que los intereses se devenguen.

Cuando el beneficiario no está conforme con la resolución que se le comunicó, podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para que su reclamación se ventile por procedimiento conciliatorio o acudir a los Tribunales de Justicia.

4.3.2 Arbitraje ante el Tribunal Superior de Justicia

Las partes contratantes de fianza, podrán convenir procedimientos convencionales ante Tribunales o Arbitros, para efectos de solucionar sus

diferencias y la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación a favor de la Afianzadora.

Además los derechos y obligaciones de la Afianzadora frente al beneficiario de la póliza, pueden sujetarse a procedimientos convencionales para su efectividad. Por lo que es necesario que se tomen en cuenta los lineamientos del libro V del Código de Comercio, con las siguientes reglas:

El procedimiento convencional ante el Tribunal o mediante arbitraje, se puede pactar en los contratos solicitud de fianza que celebran la Institución con el fiado o en su caso con el solicitante, obligados solidarios, contrafiadores o en constancias por separado ratificado ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, Notario o corredor público. Sin perjuicio que se pueda pactar en cualquier estado en que se encuentre la vía especial de fianzas.

El Tribunal o en su caso, la Comisión de Seguros y Fianzas, se ajustarán al procedimiento convencional pactado entre las partes y por solicitud de las mismas, se dará por terminado el juicio o procedimiento arbitral. Este procedimiento se puede acordar por separado con el fiado o cualquier obligado, sin perjuicio para los que no lo hubieren pactado.

Si se trata de beneficiarios de la póliza, solo se necesita que consten en el texto de las pólizas o en documentos adicionales; se considerarán aceptados los procedimientos convencionales por el beneficiario cuando la Afianzadora no reciba negativa de observaciones por los convenios en un plazo de 10 días naturales, contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza o los documentos donde se contenga el procedimiento convencional.

4.3.3 Aplicación del libro Quinto del Código de Comercio

El Código de Comercio no solo regula la materia sustantiva, sino también la procesal que se contiene en el libro Quinto. En este libro se prevé la aplicación supletoria de las leyes procesales civiles, en caso de lagunas de la reglamentación procesal mercantil.

Como se mencionó anteriormente, se necesita la aplicación del procedimiento a los convenios arbitrales para que en caso de desavenencia, el árbitro interprete o aplique las disposiciones procedimentales mercantiles que contiene disposiciones especiales que en partes coinciden con la Legislación Civil.

4.4 Procedimientos administrativos

Dentro de la exposición de motivos de la LFIF, correspondiente al decreto que ordena, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de esta ley, del 4 de julio de 1993, se dice que se introducen importantes reformas que redundarán tanto en favor del beneficiario, como de las propias Instituciones. Con ello se pretende que las partes lleguen a un acuerdo ya sea en etapa convencional (ya expuesta), o en una etapa administrativa ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que consta de un procedimiento de conciliación y si se designa arbitro a dicha Comisión a efecto que desarrolle una amigable composición.

4.4.1 Procedimiento conciliatorio

Esta se inicia con un escrito dirigido a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en donde narrará lo sucedido en la relación de beneficiario acreedor y fiador, para lo cual deberá acompañar la documentación y elementos que sean indispensables para que se compruebe la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, de este escrito, se le acompañara copia para que se le corra traslado a la Institución de cuenta, dentro de los siguientes 10 días naturales, contados a partir de la fecha en la que se presentó sus reclamación, una vez que se corrió traslado, la Afianzadora en los siguientes 10 días naturales contados a partir de la recepción del traslado, rendirá un informe por escrito a la Comisión en el que contestará detalladamente todos los hechos que integran la reclamación, en ese momento la Institución puede solicitar a la Comisión que cite al fiado a la junta de avenencia, por lo que proporcionará los datos de ubicación del fiado que tuviere.⁵⁰

La documentación en su departamento asignado, es decir la Dirección de Conciliación y Arbitraje, recibe a las partes y en su caso a el fiado si se solicitó su cita para que comparezcan a una junta de avenencia, que tendrá verificativo en los siguientes 20 días a partir de que se presentó la reclamación, si ésta no se puede llevar a cabo, tendrá lugar en los siguientes 8 días otra junta.

En esta junta, la Afianzadora hará el pago si procede por el monto que se mencione en la póliza o por lo que se obligó, o presentará el informe por conducto de su representante legítimo o facultado para este motivo.

⁵⁰ Artículo 93 bis de la LFIF.

En caso de incomparecencia de alguna de las partes, la Comisión impondrá una multa administrativa hasta por un monto de 100 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; si es la Afianzadora la que no comparece a la junta. Si se trata del beneficiario o reclamante, se entenderá que no desea la conciliación.

Independientemente de la multa señalada, se les volverá a citar a las partes hasta que acuda la Afianzadora, pero si a las dos citas no asiste, se incrementará la multa hasta en 500 veces el salario mínimo vigente por cada vez que falte. Si el fiado no asiste, se desahogará la junta sin perjuicio para los asistentes.⁵¹

Una vez en la junta de avenencia, se exhortará a las partes (beneficiario, Afianzadora y/o fiado) a conciliar sus intereses; si no es posible, el beneficiario o reclamante puede optar por dos situaciones:

- Designar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas como árbitro, para que por su conducto, la reclamación se lleve por medio de un procedimiento arbitral en amigable composición, siempre que se haya pactado con el fiado, expresamente y es obligatorio para la Afianzadora, o
- Acudir ante los Tribunales competentes, por lo que al no someterse al arbitraje, se dejan a salvo los derechos del beneficiario.

⁵¹ Idem.

Todo lo anterior constará por escrito en la actuación que levante la Comisión y se firmará por lo que hayan intervenido.

En caso de que se suscite alguna reclamación fuera de la sede de la Comisión de Seguros y Fianzas, tomando en cuenta que las propias Instituciones de Fianza pueden establecer sucursales para le mejor funcionamiento de sus empresas, la Comisión ha creado delegaciones regionales, que tendrán la facultad de tramitar el procedimiento conciliatorio y en su caso el arbitral en amigable composición.⁵²

4.4.2 Procedimiento arbitral

Este surge a partir de la creación de la etapa convencional a efecto de evitar un posible juicio ante tribunales de Justicia. Se denomina arbitral porque se pone a consideración de un tercero y el objetivo es que en forma sencilla o técnica, se tratan de resolver las diferencias surgidas entre las partes a través de la voluntaria sumisión de las mismas, al fallo o laudo que debe rendir una tercera persona o comisión, no investido de autoridad judicial.

En este caso, la Comisión resolverá en conciencia y buena fe guardada, sin sujetarse a formalidades especiales, pero sin dejar de seguir las reglas esenciales del procedimiento. En este tipo de arbitraje, solo procederá el recurso de revocación y la resolución que se dicte, solo admite la aclaración presentada a instancia de parte en los siguientes 3 días al de notificación.⁵³

⁵² Artículo 93 bis de la LFIF.

⁵³ Artículo 93 bis de la LFIF.

Las notificaciones se pueden realizar por correo certificado con acuse de recibo o personalmente, surtiendo sus efectos al día siguiente en que se practiquen. Estas notificaciones comprenden: traslado de reclamación, citación a la junta de avenencia, de la demanda y el laudo.

Las notificaciones que no sean decretadas como personales, se pondrán hacer por medio de lista, que la Comisión o la Delegación Regional respectiva, fije en sus estrados comenzando a surtir sus efectos al día siguiente en que se coloquen.

Los términos son improrrogables, computables en días hábiles y al término de estos no será necesario acusar rebeldía, se seguirá en procedimiento y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse.

La Comisión puede llegarse a todos los elementos de prueba para resolver las situaciones que se le hayan sometido al arbitraje, por lo que autoridades administrativas y el propio Tribunal de Justicia, deberá auxiliar en su competencia a la Comisión. El laudo dictado se lo admitirá como defensa el juicio de amparo.⁵⁴

La omisión al cumplimiento de los acuerdos turnados por la Comisión, dentro del procedimiento arbitral, por parte de la Afianzadora que se trate, se castigarán con multa de 50 a 100 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

⁵⁴ Artículo 93 bis de la LFIF.

Para el caso de que el laudo sea condenatorio a la Afianzadora, se le darán 15 días hábiles para el cumplimiento, contados a partir de su notificación, si no lo hace se hará acreedora a una multa administrativa que impondrá la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas hasta por el monto de lo condenado, además que a dicha Comisión le corresponde la ejecución del laudo. Para ello otorgará 5 días para cumplir con el laudo y si en ese tiempo la Afianzadora no lo acredita, la Comisión ordenará el remate en Bolsa de Valores propiedad de la Institución y pondrá a disposición del beneficiario la cantidad que corresponda.

Siempre a solicitud de la Afianzadora, la Comisión girara oficio al fiado para que exprese lo que a su interés convenga ya sea personalmente o por escrito dirigido a la Comisión, así también hará saber si tiene el interés de asistir o no a la junta de audiencia o para designar a la Comisión.

4.5 Procedimientos judiciales Vía especial de Fianza

La LFIF, en su Artículo 94 enuncia las reglas que debe seguir el beneficiario, en caso de que decida substanciar un juicio en contra de una Afianzadora:

Se le emplazará a la Institución y se le correrá traslado para que en un término de 5 días, produzca su contestación, mismo término que aumentará con los que corresponda por razón de la distancia.

Tomando en cuenta que es supletorio el CFPC, le serán aplicables a este juicio todas las instituciones procesales que ordena el Código, siendo así que el

término se ampliará de la siguiente manera: un día más por cada 40 kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad, entre el lugar de radicación y en el que deba tener lugar el acto o derecho que se ejercite, de acuerdo al Código Federal Procesal, que calculará la distancia sobre la vía de transportes más usual y que sea la más breve en tiempo.⁵⁵

Al contestar la Afianzadora, lo hará confesándola u oponiendo excepciones y en la misma puede oponer la reconvencción de ésta; se correrá traslado al actor para que la conteste y se dará vista por 3 días para manifestar sobre las excepciones.

Una vez hecho lo anterior, se concederá un término ordinario de prueba por 10 días. El Código de Procedimientos Civiles Federal reconoce como medios de prueba, lo siguiente:

- La confesión
- Los documentos públicos
- Los documentos privados
- Los dictámenes periciales
- Reconocimiento o inspección judicial
- Testigos
- Fotografías, escritos y notas taquigráficas, y
- En general, todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia
- Las presunciones

⁵⁵ Artículo 289 del CFPC.

Es importante señalar que a la demanda se le deben anexar los documentos en que el actor funde su acción y los documentos que tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte, ya que los documentos que se presenten con posterioridad no serán admitidos, a menos de que se presenten después, violando lo ordenado por el Artículo 324 del CFPC, se trate como prueba contra excepciones alegadas por el demandado, los de fecha posterior a la presentación de la demanda y anteriores manifestando "bajo protesta de decir verdad" que no tenía conocimiento de ellos.

Una vez desahogadas todas las pruebas, el actor y el demandado tienen un término de 3 días para producir alegatos por escrito, primero el actor y luego la demanda, verificado lo anterior el Juez dictará sentencia en un plazo de 5 días.⁵⁶

Son procedentes los recursos que enumera el Código Adjetivo Federal contra las resoluciones que dicte el Juez, siempre que no se trate de la sentencia definitiva, ya que por ésta procede el recurso de apelación en ambos efectos.

La apelación se debe de interponer ante el tribunal que dictó la resolución o de los siguientes 5 días por tratarse de sentencia definitiva o en caso de ser autos el término será de 3 días.

Una vez admitida, se enviarán los autos originales por tratarse de apelación en contra de la sentencia definitiva, a la Sala de Adscripción o Tribunal de alzada, por lo que se emplazará a las partes para que dentro de los 3 días de ser notificado, se presente al Tribunal a continuar el recurso, ampliándose el

⁵⁶ Artículo 94 fracción II del CFPC.

si en 72 horas la Institución no comprueba haberlo hecho, esa misma dependencia ordenará el remate en Bolsa de Valores propiedad de la Afianzadora y pondrá la cantidad respectiva a disposición de la autoridad que conoció del juicio.⁵⁸

Si se trata de mandamientos de embargos dictados por autoridad judicial o administrativa, la Comisión mencionada, será la que determine los bienes propiedad de la Institución que deban gravarse en garantía del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo, así mismo la propia Comisión, dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes.

⁵⁸ Artículo 94, fracción V, inciso A de la LFIF.

CAPITULO V

SITUACIONES CONTRARIAS A LA MATERIA DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA EN PERJUICIO DE LOS BENEFICIARIOS O DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZA (fallos)

5.1 Del contrato de fianza

Sin lugar a dudas, existen omisiones sobre esta materia que dan forma a diversas controversias, pero sin embargo el problema se origina desde el hecho de no considerar el contrato de fianza de empresa o afianzamiento mercantil como un acto de comercio.

Claramente se puede advertir que el C.Co. no toma en cuenta esta actividad; ya que si bien es cierto que la reglamentación mercantil los enumera (a los actos de comercio) en su Artículo 75 del C.Co., pero no exclusivamente en ese cuerpo legal, en virtud de que la actividad mercantil se ha extendido a otros rubros, por lo que se pueden encontrar actos de comercio en otras leyes, como la Ley de Instituciones de Crédito.

¿Por qué?, porque el acto de comercio es una expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos, dentro del ámbito y de la realidad reservada a la regulación de las leyes mercantiles, pero no existe precepto alguno que textualmente mencione al afianzamiento de empresa como un acto de comercio. Lo anterior es ilógico ya que esta actividad cuenta con

diversos elementos para poder considerarlo como tal, por los motivos siguientes:

En primer lugar por que la LFIF, declara mercantiles las fianzas y los contratos que en relación con ellas se otorguen o celebren las instituciones de fianza, con excepción de las garantías hipotecarias.⁵⁹

En segundo lugar, por ordenamiento de la propia ley de fianzas, en efecto en su Artículo primero menciona que se reglamentará el otorgamiento de fianzas a título oneroso, con lo cual se constituye un lucro.

En tercer lugar, porque las dos causas antes señaladas, se rigen por una Ley Mercantil.

En cuarto lugar, por las personas con un carácter determinado intervienen en la contratación de la fianza de empresa. El carácter ha que hago referencia debe ser de comerciante, en este caso, la Afianzadora debe estar autorizada para poder funcionar como instituciones de fianza, aunque las demás partes integrantes del contrato no tengan el carácter de comerciante.⁶⁰

El efecto inmediato de esta omisión puede verse reflejada en los ordenamientos que regulan y norman la actividad afianzadora.

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

⁵⁹ Artículo 2 de la LFIF.

⁶⁰ Manilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. 1992, México, Porrúa. pp.115.

En un principio el contrato de fianza se regula en el Código Civil y la fianza de empresa se norma en la LFIF, reconociendo la supletoriedad de la Ley Mercantil y en segundo lugar a la Ley Civil.⁶¹

Sin embargo el Código de Comercio no cuenta con disposiciones relativas a la fianza de empresa, por lo tanto este cuerpo legal no puede ser subsidiario para suplir a la ley de fianzas en situaciones no contempladas en esta última.

Por tal motivo se remite a la Ley Civil, pero este capítulo del C.C., no es el adecuado para poder reglamentar a la fianza de empresa. Este contrato como ya se ha sostenido, tiene una naturaleza *bifronte* y en estos últimos años este tipo de fianza (de empresa), ha alcanzado un desarrollo más notable que la fianza civil.

Todo esto expuesto hablando de la materia sustantiva del contrato, pero el problema va más allá; en virtud de que sin fundamento alguno se deja de tomar en cuenta la normatividad en materia adjetiva o procesal.

El C.Co. cuenta con un sistema procesal bien definido, sin embargo la Ley de Fianzas establece la supletoriedad del CFPC, para acciones que el beneficiario deberá ejercitar haciendo valer sus derechos consignados en una póliza, mientras que las Afianzadoras pueden libremente determinar la vía para cobrar sus créditos.

⁶¹ Molina Bello, Manuel. La Fianza. 1995. McGrawhill. México. pp.25,26.

Por todo esto, es necesario la creación de preceptos con el ánimo y el espíritu del cuerpo legal a la que por diversas razones ya expuestas a la que originalmente pertenecen, es decir la Ley Mercantil.

5.2 Del objetivo del contrato

Siempre o casi siempre, el objetivo del contrato de fianza de empresa consiste en el pago de una suma de dinero en relación a la cantidad en la que se haya obligado el fiador, que inclusive puede ser por un importe no conocido; con la salvedad de reclamar hasta que la deuda sea líquida.

Sin embargo la dualidad existente en el contrato de fianza (civil y mercantil), se advierten situaciones que la reglamentación original, la civil no tiene alcance para contemplar ciertas figuras y por otro lado la ley de fianzas es omisa al respecto.

Las Afianzadoras, están consideradas como organismos integrantes del sistema financiero, junto con las instituciones de crédito, con la salvedad de que a los organismos Afianzadoras se les considera intermediarios financieros no bancarios.

Este tipo de intermediarios (en los que se cuentan las Afianzadoras) reciben el dinero del público y adquieren la propiedad de los recursos (dinero pagado por el servicio).

Así como los seguros, las fianzas reciben primas que invierten lucrativamente, pero no adquieren la obligación de restituir el principal y en su

caso sus accesorios; como si se tratara de una operación bancaria, sino que se obligan a resarcir un daño, a pagar una suma de dinero al verificarse una eventualidad, como el caso del seguro o a responder ante un tercero, por el cumplimiento de una obligación a cargo del fiado como es el objetivo de las Afianzadoras.

5.3 De las garantías del contrato

El régimen de recuperación o respaldo es una característica del contrato de fianza de empresa. Este régimen surge como un escudo en contra de la insolvencia del fiado, obligado, contrafiador, etc. Pero un problema existente es que la LFIF no menciona en que tiempo debe constituirse dicho régimen.

El objeto del régimen consiste en tener aseguradas las cantidades que la Afianzadora tenga que cubrir para el caso de que el fiado incumpla, además que con ello la institución tenga una economía saneada y una solidez financiera, siendo que el régimen se activa para el supuesto de que su fiado no haya cumplido con lo que se obligo.

El fundamento del régimen de recuperación se consagra en el Artículo 19 de la LFIF, que dice:

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

responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas..."

Lo anterior demuestra que es obligación de la Afianzadora, recabar siempre la recuperación para que en caso de que su órgano contralor, la CNSF, pida una relación de las pólizas expedidas tengan recuperadas las cantidades que erogó, independientemente del tipo de póliza y la cantidad que garantiza en ella. Esta figura (el régimen de recuperación) constituye el motivo para que la Afianzadora este comprometida a realizar el pago.

Sin embargo, el Artículo 97 de la LFIF, dice:

Artículo 97.- Las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución con motivo de su fianza....

Se observa una contradicción entre ambos preceptos y puede perjudicar a la adecuada aplicación y funcionamiento del régimen de respaldo, puesto que por un lado ordena que se tenga garantizada la recuperación , o sea, que cada afianzamiento debe constar su recuperación y por otro lado da pauta a expedir el afianzamiento sin garantía; con la salvedad que garanticen por medio de las figuras señaladas, antes al haber pagado ellas.

La LFIF, al no reglamentar el tiempo o momento en el que se debe fincar el régimen, se deduce que el mismo se otorga, antes de haber firmado el

contrato de fianza, al mismo momento o después de firmado; pero nunca después de haber pagado la Afianzadora, las cantidades por la que pudiere tener responsabilidad.⁶²

Aparentemente, esta situación no causa ningún problema, sin embargo la omisión sobre el tiempo y modo en que se debe fincar puede causar problemas que repercuten en las acciones que el beneficiario puede entablar para hacer valer el crédito consignado en la póliza, que se resumen de la manera siguiente:

1. El objeto del régimen es tener aseguradas las cantidades en las que la Afianzadora tenga responsabilidad, por lo que éstas deben tener garantizadas la recuperación.
2. Garantizadas las responsabilidades desde el momento de la expedición de la fianza, por cualquier medio que menciona la Ley.
3. Es decir, que la garantía cuente con la forma y elementos necesarios para constituir la recuperación.
4. Si se toma en cuenta al Artículo 97 de la LFIF, se desprende que ni el beneficiario tiene garantizado su crédito, ni la Afianzadora cuenta con la recuperación.
5. Si no se finca el régimen correctamente, pueden sobrevenir diversas situaciones que puedan quebrantar el patrimonio pecuniario de la Institución y por ende esta tratará de retardar el pago de su obligación.

⁶² Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. México, Harla, 1992, pp.462.

Debemos tomar en cuenta los efectos en caso de no fincar la recuperación. Puede sobrevenir la insolvencia del fiado u obligado solidario, puede darse el supuesto de la transmisión de dominio de la materia de recuperación. Si hay reglamentación relativa a la que pudiera suceder, pero dichos ordenamientos son tendientes a regir la conducta por posibles acciones de carácter penal, es un delito especial, pero que sucede entonces con el crédito garantizado y la garantía de recuperación.

Lo lógico es que la institución de fianza deberá hacer frente a la obligación contraída, por lo cual se hace necesario que exista un ordenamiento que observe dos situaciones; la primera es que se ordene que siempre se otorgue una fianza, se recabe la garantía, independientemente del monto y el tipo de actividad se garantice y que el mismo precepto haga responsable a la Afianzadora por no fincar la recuperación. Si esto no se contempla se dará pauta a que la Afianzadora pueda evadir el pago o retardar el mismo oponiendo las defensas que le otorga la Ley y perjudicará en forma directa al beneficiario, quien no podrá contar con su crédito garantizado en un prolongado tiempo.

De esto se desprende entonces que la fianza de empresa no se considere como una eficaz garantía, en virtud de que la experiencia y la especialización en este tipo de actividad les ha otorgado a las Afianzadoras una basta experiencia para evadir, eludir o retardar el pago; además que las pólizas que consigan las fianzas un término breve para que subsista la obligación a cargo de la Afianzadora.

Para el caso del régimen de recuperación o respaldo, no se puede seguir con una dualidad de criterios, es decir, no puede ser exigible o potestativo, ya que la responsabilidad de garantizar el crédito y contar con una garantía constituida debidamente, son los dos motivos fundamentales de la viabilidad del uso del contrato de fianza, lo que hace necesario la constitución de la recuperación en el momento oportuno.

El contrato de fianza de empresa, da origen a un derecho de garantía de carácter personal porque en la intervención de otra persona u otras personas que se comprometen a pagar en el caso de que el deudor no cumpla.

Pero también para la Afianzadora, el hecho de constituir el multicitado régimen, ya sea sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, se crean privilegios, mismos que deberán ser objeto de regulación en los siguientes rubros: hipoteca, fideicomiso y afectación en garantía.

A) Hipoteca

La garantía consistente en hipoteca, se constituye a favor de una Afianzadora, sobre bienes valuados por una institución de crédito o sobre una unidad completa de una empresa industrial, en los que se incluyen todos los elementos materiales, muebles, inmuebles afectos a la explotación. Tomando en cuenta además los derechos de crédito a favor de la empresa. Sin que por ello la LFIF, la deje de considerar como figura o contrato eminentemente civil.

Al considerar a las Afianzadoras como instituciones de crédito, no bancarias por muchas diferencias, pero son parte integrante del

sistema financiero, se hace sujeto de aplicación de una ley especial que rige tales organismos de crédito.

Al ser afines tanto en carácter como en la materia sobre la cual fincaran la hipoteca, en ella se debe comprender no únicamente lo señalado, sino también la concesión, dinero que obre en caja e inclusive los créditos a favor de la empresa comprometida en la hipoteca.

Por lo tanto la hipoteca en la fianza adquiere un doble matiz, ya que el gravamen hipotecario no solo recae sobre los elementos patrimoniales de la empresa sino que también deberá comprender la concesión administrativa respectiva. De lo cual se observa que la misma puede ser enajenada junto con la empresa al hacerse efectiva la hipoteca, en caso de incumplimiento del deudor.

De acuerdo al Artículo 50 de LOAC, la hipoteca constituida en favor de organismos auxiliares de crédito (figuras afines a las instituciones de crédito y en los que se llega a contar a las Afianzadoras) sobre la unidad completa de una empresa industrial agrícola, ganadera o a la explotación de bienes y servicios, deberá comprender la concesión respectiva, incluyendo la caja y el dinero en efectivo, los créditos a favor de la empresa que tengan con motivo de las operaciones de la misma.

Como se observa claramente la Afianzadora, se le otorga la garantía en términos generales, pero que en los mismos se puede tomar en cuenta la actividad administrativa de la empresa, considerando lo anterior como hipoteca civil.

La hipoteca a favor de una Afianzadora, se finca sobre la unidad mercantil y también sobre la unidad económica y va como una universalidad, ya que el gravamen no solo incluye los elementos patrimoniales de la empresa, sino también la actividad comercial. Al comprender la concesión también la hipoteca puede ser enajenada junto con la empresa al hacerse efectiva la hipoteca en caso de incumplimiento del deudor.

La hipoteca reglamentada en el C.C. no tiene tal alcance, como ya se menciono por diferentes motivos.

La hipoteca solo puede recaer sobre bienes determinados, es decir al momento de constituirse, debe especificar los efectos jurídicos que lleva aparejada la hipoteca.

Por mandamiento de la Ley, la hipoteca se extiende a las acciones naturales del bien materia de la hipoteca, a las mejoras hechas, a los objetos muebles incorporados por el propietario a la finca y que no se pueden separar sin menoscabo de esta o se deterioren los objetos o las nuevas edificaciones sobre el terreno hipotecado.

En dado caso que se extendiera la hipoteca sobre alguno de estos conceptos, el carácter civil de la garantía no implica que la actividad comercial pueda ser materia de la hipoteca. La concesión, los créditos y obligaciones que se mencionan como integrantes de la unidad económica, tienen que ser considerados como bienes muebles; por lo tanto los bienes muebles de acuerdo al C.C. son las acciones que tenga cada socio en una sociedad o asociación, obligaciones, derechos o acciones que tengan por objeto cosas muebles o

cantidades exigibles por acción personal, más nunca se menciona y si siquiera se deduce que la actividad mercantil pueda ser objeto de la hipoteca.

Además que no existe hipoteca de carácter civil sobre bienes muebles por que la garantía real sobre muebles que no se entregan al acreedor y los conserva el deudor es prenda, mientras que por lo regular la hipoteca civil siempre se finca sobre bienes inmuebles, sobre los derechos reales que le pudieran corresponder.

Tampoco la actividad económica de la empresa, materia de la garantía, puede considerarse como derecho real, porque la Ley no determina a la actividad comercial o sea la explotación de la concesión, productos y dinero como tal; porque están definidos en ella; más sin embargo esa explotación si se puede tomar como derecho personal que la ley no limita el número y el nombre.

B) Fideicomiso

El párrafo I del Artículo 121 de la LFIF, dice:

"Cuando se haya garantizado obligaciones de hacer o de dar, podrán sustituirse al deudor principal, por si o constituyendo fideicomiso..."

Creemos que este párrafo no puede ser aplicado a situaciones de la fianza de empresa, en razón de que este organismo, lleva a cabo una actividad lucrativa y por ende otorga la fianza de título oneroso y por mandamiento de la

LFIF, no cuenta con las prerrogativas de orden y excusión. Por lo tanto, tiene una obligación solidaria.

La solidaridad de la obligación es pasiva por tratarse de deudores (fiado y fiador) frente a un acreedor y la prestación unitaria, o sea que el pago de un deudor a un acreedor extingue la obligación de todos los deudores, con el objetivo de disminuir en forma considerable la posibilidad de incumplimiento, puesto que si el deudor cae en la insolvencia, el acreedor puede exigir la prestación del obligado solidario.

Sin embargo, dicho numeral puede dar un matiz distinto, es decir, puede ser entonces una obligación subsidiaria. En un principio por permitir la substitución del deudor por sí (este acto es el objetivo de la afianzadora) o constituyendo un fideicomiso, solo en obligaciones de hacer (prestar un hecho) o de dar (traslación de dominio, enajenación temporal del uso de una cosa cierta en la restitución o pago de una cosa debida).

En segundo término, en el sentido de otorgar fideicomiso necesariamente se tendrá que acudir a recursos provenientes del patrimonio del deudor o un obligado colateral de este, puesto que el beneficiario de la póliza será también el beneficiario del fideicomiso y la Afianzadora será la fiduciaria.

Però la institución fiduciaria ya no es responsable directa de los bienes o sea que se compromete a adquirir bienes de acuerdo al requerimiento del fideicomitente con el producto del bien, materia del fideicomiso o con las cantidades adicionales que se le hubieren entregado a la institución de fianzas.

En este caso, en donde queda la cobertura que presta la afianzadora, siendo que de momento de contratar lo lógico sería que la afianzadora enfrente la obligación insoluta, pero sucede que a su libre determinación puede aplicar este numeral evadiendo completamente su función y obligación, haciendo uso de bienes que no han sido otorgados para conformar el régimen de recuperación, sino para ser materia del Fideicomiso. Entonces el fideicomiso como recuperación en la fianza es subsidiario, ya que al momento de verificarse el incumplimiento no responde con el patrimonio de la empresa sino con los bienes del fideicomiso que son propiedad del fiado.

La existencia de este numeral debe ser nulificada, puesto que este constituye una ventaja para el fiador mercantil.

Es cierto que las partes contratantes mostraron su consentimiento, pero también es cierto que el contrato de fianza de empresa es de adhesión porque de antemano las cláusulas esenciales y las especiales como la que se acaba de comentar ya están establecidas sin que el deudor o el beneficiario pueda discutir esa situación.

Por tal situación, se aprecia que solo prepondera la voluntad de la afianzadora, que obra como voluntad unilateral. Aunado a esto se ofrece y se presenta al público como un contrato ya formado cuyas cláusulas ya están determinadas e impresas.

De esto se desprende que la voluntad unilateral es la que genera la relación jurídica y esta como ha sido consentida por el contratante, no debe ser interpretada. Sin embargo la LPC, expresamente ordena que los contratos de

adhesión, son aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por una Autoridad, redactadas por el oferente del contrato sin que el otro contratante pueda discutir su contenido.⁶³

Situación que en la especie sucede en ambos casos, es decir el solicitante fiado u obligado se acerca a la Afianzadora a solicitar sus servicios, ella es la que pide los requisitos para otorgar la fianza y se formaliza con un clausulado uniforme, pero de la ley no se infiere que exista un registro de aprobación de contratos ya sea por la CNSF o la SHCP, ni siquiera se señala el registro del contrato en la PFPC, que lo ordena en el Artículo 4 de su Ley.

Entonces libremente la Afianzadora puede evadir su obligación porque el contrato tiene el matiz de adhesión y no da pauta a que este sea discutido. Sin duda alguna, la capacidad para contratar es una parte importante en lo que respecta a la validez o invalidez de los contratos.

Para ello nos remitimos en primer lugar al Artículo 17 del C.C., que dice:

Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia notoria, inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

⁶³ Diccionario Jurídico. México, Porrúa, 1991 pp.75.

En efecto la Afianzadora ofrece el servicio de fiador, (en materia mercantil tiene complejidad de relaciones) la gente que la contrata no siempre es un experto en la materia; sino que se trata de personas, presionadas por cumplir con una obligación o garantizar cierta cosa. Si consigue un lucro ya que por primera cuenta cobra una prima por expedir la póliza y cobra por fungir como fiduciaria.

Siendo es este sentido que debería ser aplicado literalmente el Artículo 81 del C.Co., que remite a la ley civil acerca de la capacidad de los contratantes y de las causas que rescinden o invalidan los contratos, ya que un acto ejecutado en contravención a la Ley o al objetivo de la Ley es nulo.

c) Afectación en garantía

La LFIF, ordena que tratándose de bienes inmuebles en los que se ha otorgado por un obligado solidario o contrafiador, se tiene que realizar una inscripción como nota marginal, para que esta garantía surta sus efectos contra terceros, a partir de que se practique la misma. Principalmente esta situación se fundamenta en los Artículos 31 y 100 de la LFIF.

El primer numeral, el 31 de la LFIF, menciona que el fiado o el obligado solidario, incluyendo en este rubro al contrafiador, podrá afectar bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el RPP y C en un documento que será ratificado ante federatario público o mercantil o ante la CNSF y se registrará como nota marginal en el folio respectivo, surtiendo sus efectos contra terceros

como ya se menciona, desde el momento de su inscripción, indicándose así en el propio registro.

Por otro lado el Artículo 100 de la LFIF, dice:

Las instituciones de fianza podrán embargar bienes que hubieren sido registradas como lo establece el Artículo 31 de esta Ley, aún cuando dichos bienes hubieren pasado a terceros por cualquier título; los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente.

Los créditos de las instituciones de fianzas se pagaran con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes posteriores al momento de que se hayan hecho el asiento registral.

La nota marginal es sinónimo de la anotación preventiva, es decir tiene los mismos efectos y consecuencias. Esta es un acto registral por medio del cual se da publicidad a actos o hechos jurídicos que afectan al bien inscrito en el folio real, esta anotación no impide la enajenación o constitución de un gravamen del inmueble o derecho real de que se trate, en virtud de que el objetivo de ella es que se haga del conocimiento de cualquier adquirente de la finca o derecho real que se refiera la anotación para una adquisición posterior a la fecha de la anotación y en su caso dar preferencia en el cobro de un crédito sobre otro de fecha posterior.⁶⁴

⁶⁴ Artículo 3044 del Código Civil.

Otra figura registral que es la inscripción o asiento, que se debe realizar en la parte principal o central del folio y de manera definitiva, mientras que la anotación se llevará a cabo en el margen de dicha inscripción y tiene el carácter de transitoria.

La característica de la anotación preventiva o marginal que ordena la LFIF no puede causar los mismos efectos que la inscripción, ya que ésta, es el acto procedimental por el cual el registrador, observando las formalidades legales, materializadas en el libro, que corresponden a un acto jurídico dejando constancia fehaciente de su legitimidad y facilitando la publicidad del mismo.

La inscripción es una fórmula jurídica que ampara los derechos reales y el dominio legalmente adquirido, produciendo efectos contra terceros.

Las anotaciones son actos del procedimiento por parte del registrador para patentizar a través de la forma escrita cuestiones importantes de la función registral.

Esta anotación no es el medio idóneo para crear un derecho preferencial sobre otro tipo de acreedores o embargantes ni constituyen tampoco derechos reales con solo la existencia de ella.

El derecho real da como resultado la actividad económica de un sujeto, consistente en la explotación de una cosa en un grado de exclusividad, que los demás miembros de un grupo deben respetar. La relación jurídica no es entre el sujeto y la cosa sino entre el sujeto y un tercero que pretender ejercitar un interés contrapuesto al interés del titular de una cosa.

Los derechos reales están contenidos en la Ley y son: propiedad usufructo, servidumbre uso y habitación, prenda hipotecaria, que a diferencia de los derechos personales la forma y el número no están limitados ni regulados, sino que puedan adoptar diversas formas inominadas y atípicas.

La creación de derechos reales, no puede ser facultad de establecerlos las partes en una relación contractual, puesto que esta facultad corresponde a la ley. Si el Gobierno Federal permite que esto suceda para proteger el patrimonio y funcionamiento de una institución financiera (así se les considera a las Afianzadoras, con la característica de no ser bancarias) tendrá la obligación de expresarlo abiertamente en la Ley de la materia y no dejarlo a la interpretación jurídica.⁶⁵

La existencia y aplicación de los Artículos 31 y 100 de la LFIF, que otorga privilegios a las Afianzadoras, por que con ellos, parece ser que crean derechos reales con solo la anotación señalada. Esto arroja como resultado:

1. Los efectos de la anotación se retrotraen a la fecha de la inscripción y crea preferencia sobre otros créditos.
2. Los Artículos 31 y 100, otorgan un privilegio para las Afianzadoras, ya que les crea derechos reales sin la formalidad que exige la Ley.
3. La notación marginal o preventiva que ordena los Artículos 31 y 100 de la LFIF, tiene efectos como si se tratara de un gravamen.

⁶⁵ Tesis profesional. Contragarantías en la fianza de empresa, México, 1960.

Por lo anteriormente expuesto, los citados Artículos son inconstitucionales y violatorios de las garantías de audiencia y legalidad, por los siguientes motivos:

- El posible tercero involucrado no ha sido oído ni vencido en juicio.
- Porque el secuestro del bien o embargo del mismo, se basa en una acción carente de fundamento y derecho que otorgue los beneficios de persecución de un bien determinado y preferencia en el pago.

El hecho de que se permita a las Afianzadoras el uso del vocablo *secuestro*, coincidimos con lo afirmado por el Maestro Arturo Díaz Bravo, por la impropiedad del uso del vocablo *secuestro*, entendiéndose por este como el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida a quien debe entregarse.

La situación del inmueble que se ha comprometido y al cual se le ha realizado la nota marginal, constituyendo la recuperación no es un bien litigioso, ni tampoco debe existir controversia sobre a quien debe entregarse; si se ha fincado el régimen de recuperación o respaldo correctamente.

Es importante entonces no dejar de tomar en cuenta las fechas de inscripción, ya que para que esta surta sus efectos, es necesario hacer el correspondiente pago de derechos, puesto que las constancias pueden ingresar sin el citado pago, pero la inscripción no surte sus efectos hasta en tanto no se verifique el pago de derechos. Estas circunstancias, no se deben perder de vista en virtud de que la retroacción de los efectos de la inscripción, ella

surtirá sus efectos a partir de la fecha en que se de cumplimiento a los requisitos solicitados por el RPP y C.

En dado caso de que esta situación no se verifique dentro de los términos establecidos, no tendría que darse preferencia a la Afianzadora. Si bien es cierto que el Artículo 100 de la LFIF, ordena que se pague con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes posteriores a la fecha del ajuste registral. También es cierto que en caso de que se verifique una inscripción hipotecaria o embargante, antes de que el asiento registral mencionado surta sus efectos daría pauta a una prelación de créditos.

En este caso (la prelación de créditos), el objetivo es fijar una orden de pago estableciendo grupos de acreedores en iguales circunstancias y orden absoluto. Tratándose de las Afianzadoras las mismas constituirían o serían un acreedor con privilegio por provenir de una ley especial, cobrarán como los hipotecarios o de acuerdo a la fecha de su inscripción refiriéndonos a la materia mercantil.

Sin embargo, para la materia civil, la fianza se trasladaría hasta la última posición respecto a los grupos de acreedores. Es decir, serían acreedores de cuarta clase, que serían liquidados hasta que hayan sido liquidados los créditos con antelación y siempre que consten sus créditos en documentos privados.

5.4 Del procedimiento para hacer efectivas las pólizas

Existen situaciones controvertidas a las que estén sujetas las instituciones de fianza. Estas reaccionan de manera defensiva y en perjuicio al objetivo del

beneficiario de la póliza, que es cobrar su crédito, mientras que al contrario esas instituciones cuentan con mecanismos jurídicos procesales, rápidos, expeditos y enérgicos para conseguir la recuperación del crédito otorgado a su fiado, en una clara desigualdad.

De la redacción del Artículo 117 de la LFIF, por el cual las Afianzadoras asumen responsabilidad como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentadas con sus modificaciones, como prorrogas, disminución, etc. , con las indicaciones que señala la CNSF y SHCP.

El beneficiario al ejercitar su derecho deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada; si ésta fue extraviada puede solicitar una reposición a su costa, puesto que la devolución de este documento a la institución que la otorga trae como consecuencia la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido.

Siendo la póliza el documento base de la acción, ya que con el se acreditará la relación mercantil entre fiador y beneficiario, puede ser substituido con la certeza del acreditamiento por escrito de la existencia del documento.⁶⁶

Circunstancias completamente ilógicas, ya que al iniciar la reclamación ante la Afianzadora por simple costumbre se acompañara el documento en el que se compruebe la relación; sin embargo la propia institución puede hacer un manejo equivocado o oponer excepciones en su momento por contar en su poder de la póliza, puesto que la LFIF, ordena que la devolución de ésta a la Afianzadora crea la presunción de extinción de su obligación, circunstancia

⁶⁶ Artículo 117 de la LFIF.

incongruente con el principio procesal que se refiere a la iniciación de cualquier tipo de juicio se debe de acompañar a la demanda , el acto o documento en que se funde la acción.

Esto se menciona por que el legislador no tomo en cuenta que existe la necesidad de requerir por escrito a la institución, ya que de no hacerlo no se suspende la prescripción y no nace el derecho para hacer efectiva la póliza, pero es menester mencionar que es el documento más importante en esa relación es la póliza y tan importante es que esta surte sus efectos inclusive sin haber firmado el contrato de fianza. Esto es un elemento que debe tomar muy en cuenta el legislador, para un trato más equitativo.

Aunado a esto, no se debe de perder de vista lo relativo a la prescripción de las acciones en contra de las Afianzadoras, en los siguientes términos:

Por caducidad, si se trata de obligación por tiempo determinado o el plazo que se determina en la póliza o en los siguientes 180 días, contados desde la expiración de la vigencia.

Si es obligación de indeterminada, si no se presenta la reclamación en los siguientes 180 días contados a partir de que la obligación se vuelva exigible.

Solamente presentada la reclamación habrá nacido el derecho para hacer efectiva la póliza, la cual queda sujeta a prescripción, que será del plazo legal para que prescriba la obligación o el de 3 años lo que resulte menor.⁶⁷

⁶⁷ Artículo 120 de la LFIF.

A diferencia de la Ley Mercantil, ya que como no establece términos para computar el tiempo de prescripción para el caso de afianzamiento, debe tomarse en cuenta a la prescripción ordinaria mercantil que es por 10 años.

Las acciones con las que cuenta el beneficiario de la póliza, o en todas las ocasiones no cumple con lo ordenado en el Artículo 93 de la LFIF. Este precepto da la opción al beneficiario de la póliza, a presentar su reclamación ante la CNSF o hacer valer sus derechos directamente ante los Tribunales competentes, ajustándose al procedimiento especial, que sigue teniendo indole mercantil.

Pero sucede que los jueces competentes se niegan a admitir a trámite la demanda en contra de una Afianzadora, hasta en tanto no se desahogue el procedimiento conciliatorio ya mencionado en su oportunidad.

Esto constituye una clara violación a las garantías de audiencia y legalidad, puesto que tal circunstancia no está fundamentada conforme a la Ley; además no existe artículo expreso que ordene la necesidad de dar trámite en primer término al procedimiento administrativo como requisito a la procedencia de la demanda judicial. o quisieron dar el mismo tratamiento que una compañía de seguros; que en su ley respectiva si ordena el desahogo de un procedimiento conciliatorio, antes de acudir a los Tribunales.

Esto aunado con los medio legales, la experiencia y la especialización de estos organismos, les ha redituado un sin números de conocimientos para evadir o retardar el pago; pero los medios legales son circunstancias y acciones de las que se tienen derecho por lo que no se discute su uso.

justicia y solo se podrá reflejar entre personas físicas o morales, tratadas de la misma manera, en las mismas circunstancias y por reglas fijas.

Las Afianzadoras cuentan opcionalmente con la vía ejecutiva mercantil, con la vía hipotecaria y haciendo vender los inmuebles, procedimientos especial al que le es supletorio el CFPC.

La Afianzadora por tener la oportunidad de elegir que tipo de juicio le conviene más, por lo que vuelve a ser objeto de diversos beneficios:

- a) Si acepta el uso de la vía ejecutiva; se embargaran los bienes y pueden cobrarse intereses más aún capitalizados.
- b) Si ejercita la vía hipotecaria, cuenta con la preferencia en el cobro de su crédito.
- c) En el procedimiento especial de la venta de los muebles, que se le aplica supletoriamente el CFPC, cuenta con diversas formas de ejecución, aunque arroje como consecuencia el embargo.

El beneficiario acreedor, no cuenta con opciones para hacer valer los créditos que garantiza la póliza de fianza.

Invariablemente el beneficiario, tendrá que requerir por escrito a la Afianzadora para que nazca su derecho de hacer efectiva la póliza. Intentar la conciliación ante la CNSF y una vez hecho lo anterior, se podrá demandar ante los tribunales.

Inexplicablemente se tiene que tener como supletoria al CFPC, cosas que tienen diversas implicaciones, como por ejemplo la imposibilidad de capitalizar los intereses.

Existe otro importante tema es este capítulo y se refiere por la cantidad en las que se debe de decretar la ejecución, tanto en contra del fiado, tanto como en contra del fiador.

El pago hecho por una institución al beneficiario, subroga por ministerio de ley, es decir, cuando en la obligación fue pagada por un tercero (Afianzadora), a ésta le compete reclamar al fiado el adeudo, esto también se denomina "Derecho de repetición".

La cantidad es la que la Afianzadora pago, más las primas vencidas no pagadas y accesorios, estos deberán ser legales porque no existe un precepto que mencione que se pueden pactar los intereses.

La certificación hará prueba plena en los juicios que se presentaron, salvo prueba en contrario. Por ejemplo: que lo emita una persona sin facultad para hacerlo, etc.

Mientras el beneficiario puede cobrar la cantidad que garantiza la póliza e independientemente de que se haya cumplido de manera parcial con la obligación, más los intereses computables de acuerdo al Artículo 95 bis de la LFIF.

Estos intereses indebidamente, no se pueden capitalizar, en primer término por estar regulada por la legislación civil supletoriamente y en segundo término por que esta situación no se puede pactar, por tratarse de un contrato de adhesión.

Indebidamente no se permite la capitalización a pesar de ser una práctica comercial y mercantil con objeto de lucro y puede arrojar como resultado el anatocismo.

Aunque no siempre los privilegios son para las Afianzadoras ya que frente al Estado, como beneficiario, por medio de sus entidades y dependencias, la Ley obliga a observar un procedimiento de ejecución distinto al expuesto en ese trabajo. El procedimiento a favor de la federación debe llevarse en los siguientes términos:

- La dependencia que acepto la fianza, al hacerse exigible, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima; esta requerirá de pago a la Afianzadora por correo certificado o personalmente.
- Con un comunicado en el que se motive y se fundamente la petición con documentos; se apercibirá a la institución para que en 30 días naturales contados a partir de la fecha del requerimiento se rematarán valores y se solicitará a la CNSF se rematen en Bolsa, valores en propiedad de la institución que basten a cubrir el adeudo.

Existe la posibilidad de que la Afianzadora se inconforme en los 30 días naturales siguientes ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Este procedimiento tan rápido y expedito trae consigo la ilegalidad y la inconstitucionalidad por lo siguiente:

- A) No se trata de un crédito fiscal, sino mercantil.**
- B) Por lo anterior, la autoridad administrativa es deudor común.**
- C) Se viola la garantía de igualdad, pues se conduce a la Afianzadora a ser juzgada por la Ley especial y Tribunal especial.**
- D) Se viola en perjuicio de la empresa de fianza, los Artículos 14 y 16 Constitucionales, puesto que se hacen remates de bienes propiedad de esta, sin que medie juicio alguno y menos ante un Tribunal establecido previamente.**
- E) Si se inconforma la empresa, ante el Tribunal Fiscal, la Ley se invierte y le corresponde a la Afianzadora impulsar el juicio y la carga de la prueba.**

Así se comprueba que las Afianzadoras tanto tiene privilegios como es objeto también de violaciones.

5.5 Aplicación del derecho civil al contrato de fianza de empresa

La reglamentación original del contrato de fianza se encuentra condensada en los preceptos del Código Civil.

Es pues acertado el ordenamiento que retoma la observancia de la materia civil en lo no previsto en la Ley de Fianza, ya que el Código de Comercio no contiene disposiciones sobre este contrato.

No obstante, no es procedente que se tome la suplencia en materia procesal al Código Federal de Procedimientos Civiles, porque si para en materia supletoria se debe regir por el ordenamiento más próximo de acuerdo a la materia; por lo tanto, se tuvo que acudir al Código de Comercio que si contempla actividad procesal, es decir se debe de seguir el orden correspondiente; además que la materia mercantil es federal, razón por demás para que se apliquen las disposiciones del Código de Comercio.

Si esta Ley ha sido motivo de muchas reformas, siempre ha sido omiso en crear disposiciones que reglamenten en todas sus partes el contrato de fianza de empresa, ya que sin motivo alguno han legislado sin tomar en cuenta que las Afianzadoras se asemejan a otro tipo de organismos que cuentan con ley especial o por lo menos les tratan igual, pero no mencionan si esa ley pudiera ser supletoria.

Como lo ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 14, los juicios de carácter civil (incluyéndose aquí los mercantiles) la sentencia definitiva debe ser conforme a la letra de la Ley, por tanto se obliga

al Juzgador, a tomar únicamente en cuenta en su ley respectiva, ya que el hecho de resolver analógicamente es inconstitucional, pero el legislador de crear la Ley no reglamenta tales situaciones.

Un ejemplo de lo anterior, es que leyes pasadas de fianzas, expresamente consideraba a las Afianzadoras como instituciones de crédito y como ley supletoria a la LIC. La LFIF actual aunque sin mencionarlo sigue considerando a las Afianzadoras como instituciones de crédito ya que otorga derechos similares a ambas, sin que en la Ley de Fianzas exista suplencia de la Ley de Instituciones de Crédito.

Así pues la materia de fianzas, como muchas otras no están reguladas en el C.Co., ya sea por que estuvieron y sus dispositivos fueron derogados y consagrados en otros textos, aunque en las pocas materias que reglamenta se encuentra la procesal mercantil.

Existe una relación íntima entre el derecho civil y el mercantil, en el sentido de complementarse, en cuanto sea omisa esta última materia, ya que ordena la supletoriedad del derecho común o civil cuando las disposiciones del C.Co. sean omisas; al mencionarse el C.Co. se refiere a la totalidad de las materia reguladas mercantiles.

Al existir el CFPC, se aplicaría al de comercio por ser ambas de materia federal, más sin embargo, este Código adjetivo rige materias civiles no locales sino federales y más aún en dicho Código no comprende la totalidad de la materia procesal civil o mercantil.

CAPITULO VI

PROPOSICION DE SOLUCION A LAS FALLAS DETECTADAS

6.1 Sobre el contrato de fianza

Es necesario condensar la reglamentación de la fianza de empresa o mercantil ya sea en Códigos y Leyes de la materia o legislar a efecto de crear los conceptos relativos del contrato de fianza de empresa e incluirlos en su Ley especial; tomando como base la necesidad de los contratantes, atendiendo al desarrollo que la fianza de empresa y las instituciones de fianza han alcanzado y los diversos efectos que muestra entre los contratantes y que los ordenamientos supletorios como son el C.Co. y el C.C. no alcanzan a contemplar. Ya sea por no existir disposiciones o por que las relativas normas se limitan a reglamentar relaciones privadas y ocasionales.

Por tanto, es urgente que el legislador regularice esta situación; es decir, se haga una determinación sobre las normas que contiene la LFIF, referente a la interpretación del contrato, creación, extinción y relación entre las partes tomando los principios, animo y espíritu del derecho mercantil, sin olvidar lo ordenado en el derecho civil; pero adecuada a la fianza de empresa.

El objetivo de lo anteriormente expuesto, es dar una correcta visión del contrato de fianza de empresa, dando seguridad a una relación contractual y otorgando al beneficiario una seguridad plena, que la obligación que garantiza la fianza se cumpla oportunamente. Creemos entonces que deberá de existir un criterio uniforme por parte de las Afianzadoras para otorgarlas y tener la obligación de dar una explicación correcta al público usuario del funcionamiento,

alcances y efectos del contrato o las posibles repercusiones del contrato en el patrimonio de los contratantes. Así, también las autoridades deberán conocer dichos criterios para que determine lo más conveniente.

La explicación de los alcances y efectos de la fianza de empresa, por parte de la institución a los usuarios es indispensable e insustituible, porque se trata de un contrato de adhesión.⁶⁹

Anteriormente, el Artículo 117 de la LFIF, contenía un inciso que mencionaba:

"Las estipulaciones que convengan a las partes; pero que no podrán contravenir lo establecido por esta Ley, ni en la legislación mercantil"

Este párrafo que en la Ley actual ya no aparece, dio pauta a que la Suprema Corte de Justicia se pronunciara en distintas ocasiones y creando tesis que ha creado precedentes, que deberán seguirse aplicando; dicha tesis dice:

Fianza.- Contrato de fianza Interpretación

El Artículo 117, inciso C, de la Ley Federal de Instituciones de fianza, establece que las pólizas que expidan las compañías autorizadas contendrán las estipulaciones que convengan las partes, agregando que no podrán contravenir lo establecido en esa ley, ni en la mercantil. Esta última por su parte tiene como supletorio el derecho común de acuerdo con los Artículos 2 y 81 del Código de

⁶⁹ Molina Belto, Manuel. La Fianza. México, Mc Graw-Hill, 1994, pp.54.

de fianza es aplicable el Artículo 1851 del Código Civil, vigente en el Distrito Federal y territorios federales, conforme al cual si los términos de un contrato son claros y no dejan a lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas; precepto este mismo que en su segundo párrafo dispone "Si las palabras parecerían contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas".

Amparo directo 1646/87, Fianzas Monterrey S.A. 26 de octubre de 1987. Unanimidad 4 votos, ponente Fausta Moreno Flores.

Independientemente de tratarse de un contrato de adhesión o no y si el clausulado del contrato se puede poner a discusión, debe de tomarse siempre en cuenta la intención de las partes que constituyen el objeto del contrato de fianza de empresa, o sea, ser un verdadero derecho de garantía.

La intención de las partes en este contrato es asegurar el cumplimiento a un tercero de una obligación determinada; se finca o se hace uso de ella como precaución en contra de la insolvencia del deudor y en casi todas las situaciones se trata de asegurar el pago de una suma de dinero sin limitar su uso para asegurar otro tipo de obligaciones. Esto es entonces un derecho de garantía y del tipo personal ya que se encuentra en la intervención de otra u otras personas que se comprometen a pagar en el caso de que el deudor no cumpla.⁷⁰

La regulación de la fianza de empresa, tiene que asentarse en principios que sean utilizados como bases y sea la partida para alcanzar por distintas vías metas distintas a las que persigue el contrato de fianza civil.⁷¹

⁷⁰ Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, Porrúa, 1991. Tomo I

⁷¹ Ruiz Rueda, Luis. Contrato de Fianza en el Proyecto de Código de Comercio. 1960, Arana, p. 115.

Los conceptos y preceptos de la fianza civil son inadecuados porque la Ley Civil da a entender que la fianza solo se puede contratar entre acreedor y fiador, mientras que en la fianza de empresa se contrata por regla general entre la institución afianzadora y el deudor principal (fiado) sin que el acreedor intervenga.

Esta pequeña diferencia puede ocasionar un sin número de relaciones y derivar muchas consecuencias, arroja entonces diversidad de problemas que se pueden prever con la existencia de un criterio base. Por lo que al considerar insuficiente a la Ley Civil, no podría ser supletorio a la fianza de empresa.

La suplencia tiene como objeto la aplicación complementaria a un cuerpo legislativo, con respecto a usos, costumbres y principios generales de derecho, en caso de que existan omisiones en esta Ley o para interpretar sus disposiciones en el que se integren con principios de otras leyes.

Esto es un reenvío de una ley especial (LFIF) a otros textos legislativos generales (CC) en el que se fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida.

La suplencia debe de estar apoyada en la ley general de la materia, donde se contengan los principios, usos y costumbres que se contengan en relaciones determinadas.

El contrato de fianza de empresa, por tener y cumplir su carácter de contrato de garantía, además de que su objetivo se trata de un acto de comercio, se tendría que legislar y contenerlo en el C.Co.

En efecto como la suplencia debe asentarse en la ley general de la materia, cabe preguntar porque en vez de remitir como ley suplente al C.Co. (que a su vez tiene suplencia del CPC local) envía al CFPC: Este ordenamiento no tiene con los principios, usos ni costumbres que se dan en el comercio.

El contrato de fianza y su reglamentación, preferentemente deben estar reguladas en su Ley o la legislación mercantil. Si por un lado reconoce la suplencia por parte de la Ley Mercantil y aunque no lo mencione, pero realmente se trata de un acto de comercio. Las acciones y juicios en que una compañía de fianza sea parte, deben seguirse en la vía mercantil, con fundamento en el Artículo 1050 del C.Co. que a la letra dice:

"Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles".

Sin duda alguna esto debe ser aplicable, porque una institución con esa característica y de esa naturaleza es sin duda alguna comerciante, por efectuar actos mercantiles en un gran número y con firmes propósitos de obtener un lucro.

Tal vez el legislador haya optado por ordenar como Ley subsidiaria en materia adjetiva y substantiva a la civil, por ser más favorable que la mercantil en cuanto, que entre sus disposiciones las leyes civiles cuenta con mayor amplitud en sus términos de acción y defensa que concede.⁷²

Si bien es cierto lo anterior, también lo es que aunque menos actualizado el C.Co. cuenta con sistemas procesales o acciones substantivas bien definidas, que no pueden pasar por alto.

La Afianzadora al haberse subrogado de los derechos del acreedor original e iniciar el juicio de recuperación correspondiente lo hará por la vía ejecutiva mercantil, ya que por mandato del Artículo 96 de la LFIF, el documento donde se consigne la obligación, con una copia de la póliza de fianza y la certificación de la persona o personas facultadas por el consejo de administración de la Institución de Fianzas, lleva aparejada la ejecución, para el cobro de la cantidad que esta pago primas vencidas y no pagadas y accesorios. Este documento hará fe, salvo prueba de lo contrario.⁷³

Esto sin duda constituye una forma procesal privilegiada ya que este título que contenga cantidad líquida y vencida es la única condición que necesita para ser ejecutivo. Al igual que una institución Bancaria no se especifica que este documento necesite ratificación.

A efecto de no permitir que un deudor moroso, tenga los mínimos elementos para que a su vez pague la cantidad a la que hizo frente la

⁷² Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. México, 1991, Ed. Cárdenas.

⁷³ Artículo 96 de la LFIF.

Afianzadora se necesita de varios elementos que se consignarán en los documentos y certificado mencionados.

- La cantidad líquida por la que se va a decretar la ejecución será aquella que pago la Afianzadora al beneficiario.
- El certificado debe consignar la capacidad del que emite la constancia y este funcionario deberá estar acreditado ente CNSF, con este carácter.
- Las cantidades deberán de estar debidamente detalladas, es decir, la cantidad por concepto de suerte principal, intereses desglosados, número de mensualidades vencidas y número de días que determinen el vencimiento del mes.
- Establecer el total del adeudo.

Al contrario, el beneficiario al impulsar la acción procesal en contra de la Afianzadora, será por la cantidad total de la póliza y la Afianzadora estará obligada a responder de ello.⁷⁴

El objeto de la garantía, es dar cumplimiento cabal al acto celebrado y la fianza no se otorga en función a las cantidades pagadas o las obligaciones cumplida parcialmente.

La fianza debe proteger un todo y su obligación solo esta supeditada al total cumplimiento de su fiado y si este lo hace parcialmente, la Afianzadora debe cumplir con todo ya que esa es la finalidad.

⁷⁴ Tesis. Tribunales Colegiados de Circuito Semanario Judicial. 8º Epoca, Tomo XIII, junio, pág. 623.

6.2 Sobre las garantías (Régimen de recuperación)

La LFIF, es un estatuto especial privativo de excepciones, que establece en ciertos aspectos un régimen de privilegio para las empresas especializadas en fianzas.

Este privilegio es consecuencia del sistema de servicio público y de estricta vigilancia a que las Afianzadoras están sometidas.

El régimen de recuperación tiene por objeto permitir a las Afianzadoras que con facilidad, recuperen el importe de los pagos que realicen ya que su patrimonio no puede verse disminuido o afectado. Sino en casos en que el derecho contra ellas sea indudable, lo cual es garantía de solvencia y estabilidad.

El buen funcionamiento de las empresas autorizadas como Afianzadoras, dependen en gran parte del fincamiento del régimen de recuperación.

Existe la facultad por parte de una Institución de fianza que puedan otorgar a ella el régimen, en cualquier momento antes de haber pagado ellas; sin que medie ningún requisito o condición para hacer procedente la acción correspondiente bastando únicamente el requerimiento judicial o extrajudicial.

Esto no puede ser saludable para la actividad Afianzadora en virtud que pueden sobrevenir situaciones que pongan en peligro la garantía de recuperación.

También puede existir el supuesto de que la Afianzadora acepte como garantía un inmueble previamente gravado con otro tipo de acción, tomando en cuenta de que su crédito es preferente para el pago, de acuerdo a la Ley. Lo sano es la constitución del régimen sobre inmuebles libres de gravamen y en caso de existir este en la garantía, la institución tendría la facultad de solicitar otra garantía.

Por lo tanto se hace necesario la creación de un precepto que obligue a las Afianzadoras a constituir el régimen de recuperación en el momento de que se firme el contrato de fianza y poder hacer uso de él en cuanto la obligación cubierta se vuelva exigible.

Al fincar en el momento oportuno se tendría que suprimir la aplicación de los Artículos 31 y 100 de la LFIF, preceptos que crean derechos preferenciales con la inscripción que tiene el carácter de preventiva.

En efecto el fincamiento del régimen de recuperación arroja como consecuencia diversas circunstancias, tales como:

- Los efectos de la inscripción en el RPP y C, en las partes contratantes.**
- Los derechos que crea tal inscripción.**

- El orden de pago en caso de surgir desavenencia.

Para los Artículos 31 y 100 de la LFIF, la afectación en garantía surtirá sus efectos contra terceros desde el momento de su asiento en el Registro, y por esa inscripción las Afianzadoras pueden embargar los bienes mencionados en la misma, aún cuando dichos bienes hubieren pasado a un tercero por cualquier título, por lo que los efectos del embargo se retrotraen a la fecha de la inscripción. Esto es una situación ilegal, por lo que debe ser suprimida.

Las inscripciones en el RPP y C no tienen efectos constitutivos sino declarativos y las consecuencias provienen del acto jurídico celebrado más no de la inscripción.⁷⁵

Son efectos declaratorios porque se reconoce la existencia de derechos reales de los que toma nota para su publicidad, es decir, que los derechos se crean, modifican o se extinguen fuera del registro.

Los documentos registrados, llevarán la fecha en que fueron presentados para su asiento en el folio respectivo o sea las inscripciones y registros se fecharán el día de la presentación, pero los efectos oponibles a terceros empezarán a surtir efectos a partir de que se acredite el correspondiente pago de derechos, o sea desde que el documento ha sido registrado fehacientemente de acuerdo a la fecha y número ordinal que les haya correspondido en que sean presentados, será la forma en que se determinará la prelación entre los documentos que se hayan registrado.

⁷⁵ Tesis 301. Apéndice de Jurisprudencia. Compilación. 1917-1975. 4ª parte, pág 965.

Por otro lado la inscripción multicitada que habla este apartado no puede considerarse un gravamen por que el inmueble objeto de este registro no disminuye su uso; pero si es una limitación por que el titular del bien afectado no tiene la disponibilidad del mismo; sin embargo, para que surta sus efectos en contra de terceros debe constar en el folio de la finca donde recaigan, en la forma que determine el reglamento, por el hecho de provenir de una ley especial.⁷⁶

En este orden de ideas, se puede deducir que la inscripción, en términos de la LFIF, se contrapone al contenido del Artículo 3011 del C.C. que se ha detallado; sin embargo con el hecho de dar un carácter a la inscripción en términos del 31 de la LFIF, de formal se tendría esta como eficaz en contra de terceros.

Tal vez, no se le de el carácter de formal ala inscripción de la afectación de la finca; por que de acuerdo al Reglamento del Registro Público Inscrito un título o anotado; no podrá inscribirse otro igual o que ambos tengan los mismos efectos.⁷⁷

Siendo que con solo la anotación preventiva, tiene derechos preferenciales y en el caso anterior entraría a un concurso o prelación con los demás acreedores, verificada una controversia de este tipo.

Los derechos que crean la inscripción, de acuerdo a la LFIF, son preferenciales y de privilegio, pero no por ello puede ser considerados legales.

⁷⁶ Artículo 3011 del C. C.

⁷⁷ Artículo 3020 del C. C.

En primer término, porque ni el embargo ni el secuestro, crean derechos reales. Las características más palpables de los derechos reales son poder directo e inmediato que confiere su titular sobre la cosa. El derecho de persecución y el derecho de preferencia, mientras que el embargo no conoce al embargante; sino otorga la guarda o custodia y se pone a disposición de un juez, lo que significa que el bien materia del embargo no está bajo poder del embargante, sino de la autoridad.

Si bien es cierto que el embargo limita o modifica el derecho de la propiedad, ésta limitación no se puede oponer a quien tiene un crédito preferencial, ya que este tuvo la oportunidad de conocer estado registral del inmueble y en base a ello contrato.

A pesar de todo esto, creemos firmemente que lo mejor de determinar el pago eficazmente, no debería ser determinado por el carácter personal, quirogratorio o personal del gravamen, sino por el orden cronológico del registro e inscripción.

Aunado a lo anterior, el embargo del bien que ha salido del patrimonio del deudor, es ilegal.

Cuando recae el embargo en bienes del deudor es eficaz y es antijurídico el hecho de que el bien materia del embargo ha salido del patrimonio del deudor por cualquier acto (cesión, venta, hipoteca, etc.) y no haber hechos las gestiones registrales, el anterior acreedor no tiene derecho a secuestrar lo que ha salido del patrimonio.

Así también se ha pronunciado la SCJ.⁷⁸

Al otorgarse en forma correcta el régimen de recuperación y constituirse en el tiempo óptimo (al extender la fianza), constituirse e inscribirse conforme a derecho que le sea aplicable a cada figura (es decir hipoteca, con todos sus requisitos para hacer eficaz la misma, así la prenda, etc.) o en casos de otorgar la afectación en garantía, hacer la correspondiente inscripción en el folio, con fundamento en el Artículo 3011 del C.C.

Es decir, en el folio correspondiente, formalizando la anotación suprimiendo la ilegalidad del embargo que les permite y además respetando el orden de pago de acuerdo a la inscripción, se dará un trato igualitario a las partes integrantes del contrato de fianza de empresa.

Así también el Artículo 100 de la LFIF, no tendría esos efectos tan enérgicos.

6.3 Medidas preventivas

La cuestión principal de este trabajo se ha avocado en cuestionar la errónea forma de fincar el régimen de recuperación y respaldo y por consecuencia de ello los efectos jurídicos ilegales, creando privilegios a las Afianzadoras.

⁷⁸ Jurisprudencia 136/85. 5 época, Tomo CXVIII.

La facultad que tiene una compañía Afianzadora de decidir en que cantidad pueden ser garantes, haciendo uso de la autonomía que el legislador le ha otorgado, por ser un organismo financiero no bancario. Con la idea de dinamizar su actividad y servicio al público.⁷⁹

Es motivo suficiente en solicitar una garantía basta y suficiente en que se pueda consignar la recuperación.

Una parte principal del financiamiento y el buen funcionamiento de éste, es la inscripción y registro ante la autoridad competente, o sea el RPP y C:

Para que los intereses de terceros tenga seguridad e imponer la publicidad de ciertos actos, esta publicidad facilita el crédito, hace visibles las mutaciones de los patrimonios, toma nota del valor del patrimonio inmobiliario. La publicidad puede también establecer un criterio de distinción entre la buena y mala fe de quien adquiera derechos de un inmueble y evitar el peligro de gravámenes ocultos sobre el mismo.

Así pues, la inscripción del contrato de fianza en el folio correspondiente debe conseguir el propósito de la publicidad, por tal motivo independientemente de dicho registro, se hace pues necesario que se creara un folio independiente en los que conste los bienes afectados, con fecha de inicio, expiración, tipo de garantía (prenda, hipoteca, fideicomiso, etc.) compañía afianzadora responsable de la póliza y en su caso las diversas renovaciones de la fianza.

⁷⁹ Exposición de motivos de las Reformas y Adiciones a la LFIF del 14 de julio de 1993.

Lo anterior, daría la facultad de operación a las Afianzadoras, también daría pauta a que no se afectará dos o más veces un mismo inmueble que trajera dificultades al organismo afianzador para recuperar la garantía.

También adoptando el criterio del C.C. par el Estado de México, que consigna en su Artículo 2859 párrafo II, ya que los documentos que son registrables solo producirán efectos entre quien los celebre, pero no pueden producir perjuicios a terceros, pero este sí podrá aprovecharlo en cuanto le beneficie.

Además, tomando el criterio de este ordenamiento legal, en caso de embargo, secuestro o juicio ejecutivo o procedimiento de apremio, sea sobre en cuanto exista constancia de que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la que se decreto la medida.⁶⁰

Así también esta misma relación de bienes afectados debería de existir en el folio mercantil de la compañía, la cual por ser una sociedad mercantil debe contar.

Este registro sirve para diversas cosas, para distinguir entre comerciantes y los que no lo son; versar sobre los efectos de publicidad del nombre comercial.

La formalidad de la publicidad en el folio mercantil, es para dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad, para prelación del comerciante o de un tercero.

⁶⁰ Artículo 2862 del C.C. para el Estado de México.

6.4 Terceros involucrados

Para perfeccionar este contrato, no es necesario la comparecencia del deudor. Sin embargo para la fianza de empresa si es necesaria la comparecencia de un tercero en el carácter que sea: fiado obligado, solidario, contrafiador etc.

En la fianza de empresa, el obligado con cualquier carácter con la Afianzadora, tiene la obligación de proporcionar a esta elementos y documentos necesarios para determinar la procedencia o la improcedencia de la reclamación; incluyendo las excepciones relacionadas con la obligación principal para que la institución la pueda oponer al acreedor y en su caso proveer a la Afianzadora, las cantidades necesarias para que esta haga el pago.

Creemos que si debe seguir los motivos por lo que en la fianza civil pueda llamar el fiado únicamente para que presente pruebas del cumplimiento o incumplimiento de la obligación, ya que para este efecto, el fiado esta en la mejor disposición para conocer de la exigibilidad de la fianza.

Con respecto al momento en que la Afianzadora debe responder de su obligación como fiador, se debe tomar en cuenta las operaciones básicas de una institución de fianza.

En la emisión, que es la expedición de la póliza deben tener presente la viabilidad del negocio o sea analizar el origen de la fianza, recabar la garantía suficiente de acuerdo a las necesidades del fiado y con ello la expedición.

CONCLUSIONES

- El contrato de fianza civil o de empresa tienen como objetivo común dar firmeza, seguridad y otorgar garantía de cumplimiento a un acreedor en una relación con alguno de sus deudores por parte de un tercero. *Páginas 18, 19, 22, 26, 31 y 111.*
- El contrato de fianza de empresa ha tenido un desarrollo más amplio y basto en comparación al contrato de fianza civil, por lo que el primero de las mencionados arrojan un sinnúmero y complejos efectos y relaciones, por lo cual se ha creado la Ley Federal de Instituciones de Fianza. *Páginas 19 - 22 y 78.*
- El contrato de fianza de empresa es un contrato de adhesión en virtud que el mismo se otorga de manera habitual, sistemática y onerosa por parte de una sociedad anónima autorizada para funcionar como Afianzadora, por lo cual debe ser registrado ante la Procuraduría del Consumidor. *Páginas 24, 92 y 93.*
- El contrato de fianza de empresa, es un acto de comercio, ya que dicho contrato se considera mercantil, se otorga a título oneroso con lo cual se alcanza un lucro. *Páginas 25, 78 y 79.*
- La Ley Federal de Instituciones de Fianza en términos generales es proteccionista de las Afianzadoras y violatoria de las garantías de legalidad, audiencia e igualdad en agravio de el beneficiario de la póliza del solicitante, fiado, obligado solidario y cualquier tercer involucrado en el contrato de fianza de empresa. *Páginas 78, 81 y 82.*

- **La Ley de Fianzas es proteccionista de las Afianzadoras, ya que concede a éstas un sinnúmero de circunstancias que les permiten evadir el cumplimiento de lo pactado en el contrato de fianza y que se consigna en la póliza correspondiente.**

Aunado a lo anterior, les crea una figura denominada como régimen de recuperación que es una justificación a la falta de los derechos de orden y excusión que no se les concede a las Instituciones de Fianza. Esta figura es para efectos de servir como escudo en caso de una eventual insolvencia del fiado.
Páginas 24, 25, 34, 35 y 82.

La Ley al ser omisa en el momento para fincar el régimen, da la impresión de que no se tiene debidamente garantizada la recuperación y al facultar a las Afianzadoras a constituir el régimen antes de haber pagado ellas, el crédito consignado en el contrato o póliza, a favor de un acreedor, la Afianzadora puede hacer un manejo inadecuado del régimen y pone en peligro el cobro del crédito; así también la estabilidad financiera de la empresa, por lo cual es necesario que independientemente del tipo, cantidad y objeto motivo de la fianza, se otorgue y se finque la garantía de recuperación, siempre a la firma del contrato de fianza.
Páginas 83 - 86.

Con las distintas formas en las que se finca la recuperación, refiriéndonos a la hipoteca, fideicomiso y afectación en garantía se conceden a las Afianzadoras beneficios, por los siguientes motivos:

En la hipoteca a favor de la Afianzadora, se considera civil pero recae sobre los bienes valuados por Institución de crédito o sobre unidad

completa de una empresa industrial o elementos afectos a la explotación de la misma, con lo cual no se afecta únicamente la masa patrimonial de la empresa, sino derechos personales de la empresa; ya que afectan la actividad administrativa de la misma, con lo que consigue un objetivo distinto al que persigue la hipoteca civil. Con esto se crea un derecho "sui generis", en razón de que ésta otorga beneficios como si se tratara de una hipoteca a favor de una organización auxiliar de crédito. *Páginas 48 - 50 y 86 - 89.*

En el Fideicomiso a favor de una Institución de Fianzas, cuando se trata de obligaciones de dar o hacer la Afianzadora puede substituir al deudor por sí o creando fideicomiso con bienes, debidamente determinados para realizar un fin lícito, que sería el cumplimiento de la obligación en favor del beneficiario. La relación entre fiado y fiador es de obligados solidarios o sea que ambos responden con su patrimonio y en la fianza el principal responsable es el fiador; pero al otorgar el Fideicomiso la obligación la convierte en subsidiaria, ya que para cumplir con el objetivo del Fideicomiso se cuentan con los bienes que destinó el fiado, y el patrimonio de la Afianzadora para responder pasa a un segundo término. *Página 51, 52 y 89 - 91.*

En la afectación en garantía a favor de la Afianzadora, se tiene que comprometer un inmueble propiedad del otorgante debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Para garantizar la recuperación se debe de efectuar inscripción de una nota marginal para que surta sus efectos en contra de terceros. Con esta nota marginal le crea en favor de la Afianzadora, derechos reales y produce efectos como si la inscripción se tratara de un gravamen e incluso permite el embargo del bien comprometido aunque este haya salido del patrimonio del otorgante. *Páginas 93 - 97.*

- La Ley Federal de Instituciones de Fianza es violatoria de garantías de igualdad, legalidad y audiencia en agravio del beneficiario de la póliza de fianza, del fiado, obligado solidario contrafiador y cualquier tercero involucrado de acuerdo a lo establecido en los Artículos 14 y 16 Constitucionales.

Es violatoria de la garantía de igualdad por conceder los derechos y circunstancias en el régimen de recuperación y respaldo; además les otorga la facultad de utilizar las vías judiciales más rápidas y expeditas, como lo son la acción hipotecaria y la vía ejecutiva mercantil. Asimismo de crear para su uso exclusivo procedimientos enérgicos y rápidos para conseguir la recuperación financiera de la Afianzadora. *Páginas 58 - 60 y 103.*

Mientras que para que el beneficiario intente hacer efectivo el crédito consignado en la póliza es necesario que desahogue todos los medios procesales que marca la ley de fianzas, sin que exista una verdadera utilización de las diversas opciones que enumera la Ley en comento, ya que para que sea procedente la vía judicial se tienen que ejercitar las vías administrativas. Con lo cual la recuperación del beneficiario, puede prolongarse por un largo periodo. *Páginas 64, 68, 73, 101 y 102.*

Es violatoria de la garantía de legalidad en virtud de que de la letra de la Ley de Fianzas, se desprende que al interpretar la misma se favorece la actividad de las Afianzadoras y permitir que en las figuras jurídicas destinadas a la recuperación se den otro tipo de efectos distintos y mayores beneficios que la figura jurídica creada alcanza; por los siguientes motivos:

La hipoteca civil como se considera a la que se otorga a favor de la Afianzadora no puede constituirse como si se tratara de una institución auxiliar de crédito, interfiriendo en la actividad administrativa, puesto que la concesión y elementos afectos a la explotación son bienes inmuebles y la hipoteca civil no recae sobre bienes muebles, porque no hay garantía real sobre bienes muebles que no se entregue al acreedor y si los conserva el deudor es prenda.

Por permitir que en el Fideicomiso se de la obligación subsidiaria. *Páginas 89 - 91.*

En la afectación en garantía, por permitir que una anotación preventiva que solo da publicidad a actos que afectan al bien inscrito en el folio, produzca derechos reales o preferenciales.

Además que los efectos de dicha anotación marginal se retrotraigan a la fecha de la inscripción y tenga además efectos constitutivos como si se tratase de un gravamen, además de permitir que se embargue el bien inmueble a pesar de que este haya salido del patrimonio del fiado. *Páginas 57 - 60 y 93 - 98.*

Es también violatoria de la garantía de audiencia por no tomar en cuenta que el contrato de fianza de empresa es un contrato de adhesión que no ha sido revisado por la autoridad competente como lo es la Procuraduría del Consumidor, *Páginas 24, 92 y 93.*

Por no aceptar en los procedimientos especiales que los obligados opongán más excepciones que la de pago o promesa de pago. *Páginas 44 - 46 y 53 - 55.*

Porque en caso de embargo de un bien inmueble salido del patrimonio del fiado obligado u otorgante, el tercero que adquirió en buena fe no ha sido oído ni vencido en juicio. Páginas 84, 96 y 97.

Por no admitir los jueces federales o locales demandas en el juicio especial de fianzas, mientras tanto no se desahoguen procedimientos administrativos. Páginas 100 y 101.

Merece una especial mención lo siguiente. En anteriores leyes de fianza expresamente se había considerado a las Afianzadoras como instituciones de crédito o se ha establecido la necesidad de requerir por escrito a la Afianzadora para hacer eficaz la vía judicial, en la ley actual de fianzas y en estudio de esta tesis se desprende que en ningún numeral no se ordena lo anterior, es más es omisa; sin embargo prácticamente se sigue aplicando dichos dispositivos, lo cual constituye una aplicación retroactiva de las Leyes de fianzas anteriores en perjuicio de los beneficiarios o de los obligados en su caso y en beneficio de las Afianzadoras lo que vuelve a ser violatorio de garantías. Página 81.

- **Al no existir disposiciones relativas a la fianza de empresa o mercantil en el Código de Comercio, se tiene que tomar en cuenta la ley de origen en el Código Civil, la cual no es adecuada por que en sus preceptos no alcanza a contemplar las diversas relaciones y efectos que arroja la fianza de empresa. Por lo que se hace necesario la regularización de esta situación y crear leyes de fianza tomando los principios, ánimo y espíritu del derecho mercantil. Páginas 25, 26, 80, 81, 111 y 112.**

- Al constituir el régimen de recuperación y respaldo debe otorgarse y perfeccionarse de acuerdo a la figura jurídica en cuestión. *Página 117.*
- Asegurar a los terceros posibles involucrados en un contrato de fianza de empresa, tiene que seguir el propósito de la publicidad, por lo que es necesario crear un folio independiente en los que consten los bienes afectados por una fianza. *Páginas 121 y 122.*
- Adoptar el criterio del Código Civil para el Estado de México, en el sentido de que los documentos registrables solo producen efectos entre quienes lo celebran sin perjudicar a terceros. *Página 123.*
- Siempre llamar a juicio a los terceros involucrados para deducir derechos y destindar responsabilidades. *Páginas 124 y 125.*

BIBLIOGRAFIA

- (1) Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. México, Porrúa, 1990.
- (2) Barrera Graff, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. México, Porrúa, 1991.
- (3) Becerra Bautista, José. Proceso civil en México. México, Porrúa, 1995.
- (4) Bauche García, Diego Mario. La Empresa. Nuevo Derecho Industrial, Contratos mercantiles y Sociedades mercantiles. México, Porrúa, 1983.
- (5) Burgos Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. México, Porrúa, 1993.
- (6) Castillo Lara, Edgar. Juicios Mercantiles. México. Harla, 1991.
- (7) Cervantes Ahumada, Raúl y otros. Reforma a la Legislación Mercantil. México, Porrúa, 1985.
- (8) Colín Sánchez, Guillermo. Procedimiento Registral de la Propiedad. México, Porrúa, 1994.
- (9) Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, Porrúa, 1991.
- (10) Garrigues, Joaquín. Derecho Mercantil 2. México, Porrúa, 1987.
- (11) Henri Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Vol. 3 Garantías. Buenos Aires, Ejes, 1962.
- (12) La Fianza. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. México, C.N.S.F., 1991.
- (13) Lozano Noriega, Francisco. Contratos. México, ANNM, 1970.
- (14) Mantilla Molina, Roberto I. Derecho Mercantil. México, Porrúa, 1992.
- (15) Margandant Floris, Guillermo. Derecho Privado Romano. México, Esfinge, 1991.

- (16) **Marty G. Derecho Civil, Garantías Accesorias.** Trad. José M. Cajica, 1952.
- (17) **Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial.** Trad. Santiago Sentis. Buenos Aires, Ejes, 1962.
- (18) **Montiel y Duarte Isidro. Estudio sobre las Garantías Individuales.** México, Porrúa, 1992.
- (19) **Molina Bello, Manuel. La Fianza como Garantizar sus obligaciones con terceros.** México. McGraw Hill, 1994.
- (20) **Morales Armendáriz, Raúl. Contragarantías en la Fianza de Empresa.** Tesis Profesional. México, 1960.
- (21) **Obregón Heredia, Jorge. Código Civil Concordado.** México, Porrúa, 1995.
- (22) **Obregón Padilla, Antonio. Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa.** Tesis Profesional. México, 1957.
- (23) **Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil.** México, Porrúa, 1990.
- (24) **Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial.** México, Porrúa, 1992.
- (25) **Pina Guevara, Rafael. Derecho Civil.** México, Porrúa, 1980.
- (26) **Ruiz Rueda, Luis. El Contrato de Fianza en el Proyecto de Código de Comercio.** México, Arana, 1960.
- (27) **Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario.** México, Porrúa, 1992.
- (28) **Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil.** México, Porrúa, 1992.
- (29) **Rojinas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano Contratos.** México, Porrúa, 1980.
- (30) **Ruiz de Chavéz y Salazar, Salvador. Importancia Jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles.** México, Porrúa, 1991.
- (31) **Sánchez Meda, Ramón. Contratos Civiles.** México, Porrúa, 1980.

- (32) Vázquez Arminio, Fernando. Derecho Mercantil. México, Porrúa, 1977.
- (33) Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles. México, Porrúa, 1982.
- (34) Zamora Pierce, Jesús. Derecho procesal mercantil. México, Cárdenas, 1991.
- (35) Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. México, Porrúa, 1981.

LEGISLACION

- ◊ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Código Civil para el Distrito Federal. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Código Civil para el Estado de México. México, Cajica, 1995.**
- ◊ **Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. México, Cajica, 1995.**
- ◊ **Código de Comercio. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Código Federal de Procedimientos Civiles. México, Delma, 1995.**
- ◊ **Legislación Bancaria. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Ley Federal de Instituciones de Fianzas. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Ley Federal de Protección al Consumidor. México, Pac, 1995.**
- ◊ **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Ley de Instituciones de Crédito. México, Porrúa, 1994.**
- ◊ **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. México, Porrúa, 1995.**
- ◊ **Ley de Sociedades Mercantiles y Cooperativas. México, Porrúa, 1992.**

ABREVARIO

C.C.	Código Civil
C.Co.	Código de Comercio
CPC	Código de Procedimientos Civiles
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LGOAC	Ley General de Organizaciones Auxiliares de Crédito
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianza
C.C. EM	Código Civil del Estado de México
CNSF	Comisión Nacional de Seguros Y Fianzas
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
RPP y C	Registro Público de la Propiedad y el Comercio
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
PFC	Procuraduría Federal del Consumidor