



La Fianza de Empresa (Causas Específicas de Extinción)

Trabajo presentado para el VIII Premio de Investigación
sobre Seguros y Fianzas 2001,

Lic. Francisco Hernández Flores
"SIDDHARTA"



COMISIÓN NACIONAL DE
SEGUROS Y FIANZAS

CNSF

VIII Premio de Investigación sobre
Seguros y Fianzas 2001

Tercer Lugar
Categoría de Fianzas

SHCP

SEÑALAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Por qué se denomina fianza de empresa? ¿Cuáles son los signos distintivos de la institución de fianzas? ¿Cuáles son los elementos característicos que distinguen la fianza de empresa con la civil y mercantil? ¿Cuándo nace la obligación fiadora? ¿Cómo nace la obligación fiadora? ¿Qué relación jurídica guarda la afianzadora con el fiado? ¿Qué derechos y obligaciones detentan la institución afianzadora y el fiado? ¿Cuáles son los derechos y obligaciones del beneficiario y la institución afianzadora? ¿Por qué debe contragarantizarse la fianza de empresa? ¿Cómo se diversifica responsabilidad en la fianza de empresa? ¿Cómo se extingue la fianza de empresa? ¿Puede oponer la institución de fianzas la excepción non adimpleti contractus al beneficiario por falta de pago de la prima? ¿Cuáles son las causas específicas de terminación de la fianza de empresa contempladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y las supletorias establecidas en el Código Civil?

JUSTIFICACIÓN:

La fianza de empresa tiene su origen en uno de los contratos con gran tradición en la vida jurídica. Su empleo se ha extendido a garantizar las obligaciones surgidas de los más variados actos jurídicos de la vida moderna. A pesar de que la actividad afianzadora a título oneroso, habitual y profesional y sistemático ha sido reconocida por el derecho a través de la institucionalización de las empresas de fianzas; el contrato de fianza –objeto social principal-. La materia es aun desconocida por una gran parte de los profesionistas en derecho debido tal vez, a la escasa literatura jurídica especializada, a que no se encuentra incluida dentro de los programas de estudio de las mayorías de las universidades del país, al recelo con que guardan las compañías afianzadoras su información documental así como a lo complejamente técnico de su regulación legal. En la mayoría de los textos de contratos mercantiles la fianza de empresa sólo es conceptualizada desde el punto de vista de la institución de fianzas, como si su particular forma de organización y operación fueran el signo distintivo del “contrato”, prestando poca importancia a normas de carácter sustantivo dispersas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que le dan su contenido propio y característico a la fianza.

Por estos motivos y razones considero justificado abordar el estudio del contrato de fianza de empresa de forma conjunta a fin de comprender con mayor entendimiento las causas específicas de su extinción; porque determinándose cual es la naturaleza del contrato, derechos, obligaciones y las consecuencias del contrato, desde luego podremos profundizar en las excepciones y defensas que con frecuencia suelen oponer las instituciones de fianzas.

HIPÓTESIS:

La fianza de empresa y la obligación principal garantizada están en íntima relación. Los derechos y obligaciones de las partes en ambas relaciones se encuentran en plano de armonía. El deudor principal y el acreedor no pueden pretender una situación más onerosa en agravio del fiador. Accesoriamente, el fiador y el deudor no pueden perjudicar al acreedor, titular del derecho. Tampoco, el fiador en acuerdo con el acreedor puede pretender una situación más gravosa para el fiado. Sobre este principio descansa la fianza y su trasgresión la extingue.

INTRODUCCIÓN

La fianza de empresa tiene su origen en uno de los contratos con gran tradición en la vida jurídica. Su empleo se ha extendido a garantizar las obligaciones surgidas de los más variados actos jurídicos de la vida moderna. A pesar de que la actividad afianzadora a título oneroso, habitual, profesional y sistemático ha sido reconocido por el derecho a través de la institucionalización de las empresas de fianzas; el contrato de fianza, objeto social exclusivo de éstas, continúa considerándose una mera proyección del contrato de fianza civil al ámbito mercantil.

La materia es aún desconocida por una gran parte de los profesionistas en derecho debido tal vez, a la escasa literatura jurídica especializada, a que no se encuentra incluida dentro de los programas de estudio de las mayorías de las universidades del país, al recelo con que guardan las compañías afianzadoras su información documental así como a lo complejamente técnico de su regulación legal.

En la mayoría de los libros de texto en la licenciatura en Derecho, particularmente los correspondientes a “contratos mercantiles”, la fianza de empresa sólo es conceptualizada desde el punto del sujeto que la expide: la institución de fianzas; como si su particular forma de organización y de operación fuera el signo distintivo del contrato, dejando casi en el olvido las excepcionales normas de carácter sustantivo dispersas en la ley de la materia que la distinguen de la fianza civil. Máxime que existen en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas normas sustantivas de excepción que derogan diversas disposiciones contenidas en el Código Civil en Materia Federal, a las que rara vez se presta atención.

La fianza de empresa a pesar de ser un contrato accesorio presenta una serie de relaciones que la hacen aun más compleja. El estrecho vínculo entre el deudor y el fiador en función del carácter accesorio del contrato, por recaer en el mismo objeto de la obligación principal; no es de carácter absoluto, ya que la obligación del fiador goza de cierta autonomía o de un estatus jurídico especial contra el cual no puede atentarse. En virtud de la obligación fiadora, nace multitud de relaciones frente al deudor, el acreedor, solicitante, obligados solidarios, contra fiadores, cofiadores y reafianzadores. De igual forma, es motivo de diversos procedimientos especiales, ya sea para su reclamación, reembolso, aseguramiento de bienes, etc. Asimismo, la especial regulación de la fianza de empresa vuelve inoperantes muchas de las reglas contenidas para la fianza en la legislación ordinaria.

Por los anteriores motivos y razones, considero justificado abordar el estudio del contrato de fianza de empresa en forma ordenada y metodológica, reuniendo materias afines pero de ordinario diseminadas en diversos cuerpos legales, para ofrecer una visión de conjunto de los efectos del contrato de fianza de empresa. Para ello, comenzaré con la exposición introductoria de las diferencias entre la fianza civil y mercantil, la precisión de la terminología fianza de empresa, las notas características de las instituciones de fianzas y el régimen legal al que se encuentran sujetas sus operaciones para posteriormente abordar el estudio de las relaciones y los efectos del contrato; y concluir con el análisis de las formas específicas de su extinción.

Al final se incluyen una serie de conclusiones todas ellas tendientes a reformar o modificar la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto que el presente trabajo no quede solo enmarcado en la categoría de corte expositivo sino también propositivo.

ÍNDICE

CAPÍTULO I FIANZA MERCANTIL Y FIANZA DE EMPRESA.

	Pág.
1. Fianza civil y mercantil	1
2. Concepto de fianza de empresa	5
3. Instituciones de fianzas	7
4. Régimen legal	13

CAPÍTULO II CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA

1. Naturaleza jurídica	15
2. Definición	20
3. Clasificación del contrato	20
4. Figuras jurídicas afines	21
5. Requisitos esenciales	22
6. Elementos de validez	23
7. Elementos personales	24
8. Obligación garantizada	25
9. Obligación fiadora	26
10. Derechos y obligaciones.....	29
11. Especies de fianzas de empresas	29
12. Garantías de recuperación	30
13. Diversificación de la obligación fiadora	32
14. Efectos de la fianza de empresa	33

CAPÍTULO III EXTINCIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA

1. Formas de extinción	38
2. Causas específicas de extinción	39
2.1. Caducidad	39
2.2. Prescripción	40
2.3. Prórroga o espera	41
2.4. Subrogación imposible	42
2.5. Devolución de la póliza	43
2.6. Compensación	44
2.7. Remisión de deuda	44
2.8. Transacción	45
2.9. Novación.....	45
2.10. Cesión de deudas	45

3. Situaciones especiales	45
3.1. Resolución por falta de pago de la prima	45
3.2. Inobservancia de reglas generales	50
3.3. Obligación garantizada parcialmente	52
3.4. Evicción	52
Conclusiones	53
Bibliografía	55

CAPITULO I. FIANZA MERCANTIL Y FIANZA DE EMPRESA.

1. FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.

Es importante deslindar claramente la calidad de civil y mercantil o comercial del contrato de fianza para partir con bases sólidas a una mejor comprensión del estudio de la fianza de empresa, que regularmente en los tratados de derecho mercantil es la única que se expone, si bien se justifica por el régimen jurídico especial a la que esta sujeta, no es menos cierto que sea la única digna de ganarse tal calificativo. Como sabemos, el carácter del contrato determinará el derecho aplicable: la legislación civil o la mercantil.

El acto jurídico consistente en el acuerdo de voluntades por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace, denominado fianza, es una figura típica o común del derecho civil. En nuestro país, el contenido obligacional y los efectos del contrato de fianza es regulado por los códigos civiles de cada una de las entidades federativas como materia propia de sus legislaturas locales. El tratamiento del contrato de fianza por el Código Civil en Materia Federal, por ser aplicable en forma supletoria a las leyes comerciales y en particular a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, será al que me remitiré en la presente exposición.

El artículo 2811 del Código Civil en Materia Federal nos indica qué contratos de fianza serán regulados por sus disposiciones al mencionar:

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

Del precepto anterior se deduce que la fianza se sujeta a la regulación del Código Civil cuando es otorgada en forma accidental o esporádica, sin importar si es gratuita u onerosa (Art. 2795 C.C.); siempre que no se utilicen en su contratación la propaganda, agentes comerciales o consten en pólizas; que dicho sea de paso, son dispositivos propios de los comerciantes en la realización de actividad habitual: el comercio (Arts. 1, 3,75 F.X. C. de Com. y 2º LFIF). Asimismo, debemos suponer que cuando la ley hace mención que la persona del otorgante o del fiador puede ser “compañías”, se refiere a los entes jurídicos colectivos (sociedades civiles, sociedades anónimas, etc.).

Por su parte, el Código de Comercio que contiene un apartado denominado “de los contratos mercantiles en general” (Arts.77-88), no menciona cuando esta fuente general de las obligaciones adquiere la calidad de acto comercial (Art. 1º). La imposibilidad doctrinal de agrupar en una sola definición al gran número de actos conceptualizados tradicionalmente como comerciales, orilló al legislador a enlistarlos de manera enunciativa, que no taxativa, en 24 fracciones (sistema objetivo). Son actos cuya mercantilidad es reconocida por la ley, con independencia del sujeto que los realice que no necesariamente debe ser comerciante para verse afectado o protegido por leyes del mismo orden (Art. 4 C. Com.) aunque bien es cierto que existen actos mercantiles en función de la intervención de un comerciante (Arts. 3º, 75 F. XX y XXI. C. Com). A la extensa lista de actos de comercio reconocidos por el Código de

Comercio habrá que agregar a aquellos otros que sean de naturaleza análoga (Art. 75 F. XXIV). y los reconocidos como tales en otras leyes (Art.1 C.Com): P.E. la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Art. 1), la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (Art. 2), etc.

Ahora bien, la referencia expresa de las fianzas como actos de comercio o de naturaleza mercantil no la hallamos en el Código de Comercio, sino en una ley especial del mismo genero: la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; que establece que las fianzas así como los contratos, que en relación con ellas, otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán “mercantiles” para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria (Art. 2). Señala la mencionada ley que sólo las instituciones de fianzas autorizadas podrán tener por objeto otorgar habitualmente fianzas a título oneroso (Art. 1), prohibiendo en consecuencia su otorgamiento a toda persona física o moral distinta; y presumiendo, salvo prueba en contrario, la violación a la ley cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes (Art. 3)

De lo hasta aquí expuesto, advertimos que:

a).- La frecuencia en el otorgamiento de la fianza determina el derecho aplicable: siendo esporádico o accidental con independencia de si es o no remunerada la prestación del fiador, se sujeta a la legislación civil; por el contrario, cuando es habitual y además onerosa, es la legislación mercantil, particularmente la Ley Federal de Instituciones de Fianzas siempre que sea otorgada por institución autorizada por el estado para tal objeto.

b).- Adquieren también la calidad mercantil las fianzas vinculadas a las otorgadas por instituciones de fianzas, contratadas en contragarantía o en diversificación de las responsabilidades asumidas.

c).- El ofrecimiento de la fianza por medios publicitarios, intermediación o mediante pólizas, establece la presunción *iuris tantum* de que se infringe la ley que regula a las instituciones de fianzas; pero de ninguna forma que dichos actos sean determinantes para calificar de mercantil a la fianza.

d).- Serán mercantiles aquellas fianzas de naturaleza análoga a los actos de comercio enunciados por el artículo 75 del Código de Comercio.

Fuera de los supuestos legales en que se confiere a la fianza directamente la calidad mercantil (Art. 2 LFIF), establecer cuando ésta adquiere naturaleza comercial por analogía a los actos mercantiles enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio puede ser una tarea complicada si tomamos en consideración su gran variedad, máxime que no es definitiva la naturaleza comercial que de este modo se quiera imputar al contrato de garantía, ya que en caso de duda será fijada por arbitrio judicial (Art. 75 *in fine* C. de Com.) Para tal efecto, considero conveniente guiarnos por la ilustrativa y clara clasificación de los actos mercantiles reconocidos por el artículo 75 del Código de Comercio que hace el renombrado jurista Roberto Mantilla Molina en su celebre obra.¹

Así, para Mantilla Molina existen actos esencialmente civiles que nunca y por ninguna circunstancia serán regidos por las normas del derecho mercantil (derecho de familia y

¹ Mantilla Molina, Roberto L; “Derecho Mercantil”, vigésima novena edición, cuarta reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1998, Págs. 59-79.

sucesorio), y en contraposición actos absolutamente mercantiles que siempre y necesariamente se registrarán por el derecho mercantil (descuento de crédito en libros, la apertura de crédito, crédito de habilitación, reporto, fideicomiso, crédito refaccionario, etc.). A éstos, la propia norma es quien los reputa actos de comercio. Entre ambos hay un buen número de actos que no son necesariamente civiles ni mercantiles sino que pueden revestir uno u otro carácter según las circunstancias en que se realicen y de las cuales dependerá que se rijan por el derecho civil o el mercantil. Si este último es el aplicable decimos que son actos de mercantilidad condicionada. La mercantilidad de los actos esta condicionada por:

1.- El fin o motivo. Jurídicamente uno de los elementos del acto es su finalidad. En las adquisiciones de bienes muebles para enajenarlos o alquilarlos y en las compras de inmuebles para su reventa (actos de interposición) descritos en las fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio, la finalidad perseguida para que sean estimados mercantiles debe ser la especulación comercial o la obtención de una ganancia (lucro). Son indiferentes las personas para la mercantilidad del acto, basta que exista la finalidad mencionada, la cual debe ser la principal o determinante en la celebración del negocio. La adquisición en los actos de intermediación no debe hacerse para el autoconsumo sino para un ulterior acto lucrativo.²

De igual forma, en las operaciones de los bancos (Art. 75 C. Com.) la finalidad es lucrar con la diferencia en la tasas de interés: entre las operaciones activas (el préstamo de dinero) y las operaciones pasivas (mediante las cuales lo obtiene). Las operaciones de las instituciones de crédito son en esencia similares a las previstas en la fracción I porque se adquiere el uso de una cosa mueble (dinero) con el propósito de ceder su uso, obteniendo un lucro (la tasa de interés).³

Cosa distinta acontece en los supuestos de las fracciones V al XI del artículo 75 del Código de Comercio, que enumera varios tipos de empresas. Atendiendo a la literalidad de la fracciones, la conclusión natural sería que las empresas son actos de comercio, lo cual es impreciso; pues lo que realmente la ley ha querido decir es que, son actos de comercio aquéllos cuya finalidad es producir para el mercado mediante la organización de los factores económicos de producción: elementos materiales, capital, trabajo. Es inútil la enumeración de distintas especies de empresas en la ley toda vez que, con independencia de la especial modalidad que puedan revestir, los actos que la hacen posible son los que determinan su mercantilidad. Esto es, la mercantilidad de la empresa deriva de la finalidad de sus actos: producir para el mercado.⁴

2.- La calidad de alguna de las personas que intervienen. No son propiamente aquéllos realizados por un comerciante, sino aquellos que la ley califica de mercantiles cuando interviene una persona con determinadas características. Por ejemplo: el depósito en almacenes generales de depósito. El contrato de depósito puede ser civil o mercantil, si la especial organización del propietario lo hace mercantil y lo somete a diversas reglas del depósito común significa no que se está en presencia de un acto de mercantilidad absoluta sino uno cuya comercialidad está condicionado por la persona que asume la función de depositario.⁵

² Idem. Págs. 71-72.

³ Idem. Págs. 73-74.

⁴ Idem. Págs. 74-75.

⁵ Idem. Pág. 74.

De igual forma, la fianza aun a título oneroso puede ser realizada por particulares en forma accidental o esporádica y tener el carácter puramente civil; pero cuando interviene una institución de fianzas le imprime el sello comercial.

3.- La accesión y conexidad con otros actos de comercio. Hay actos que no pueden existir si no es en virtud de otros actos a los cuales preceden, acompañan o siguen (prenda). En este caso los actos accesorios son mercantiles siempre que lo sea el negocio con el cual esta vinculado. Asimismo hay actos que pueden tener vida propia que no impide que su celebración esté encaminada para preparar o facilitar la realización de otros actos con los cuales resultan conexos (depósito por causa de comercio). La prueba de la existencia de tal relación puede resultar de tres maneras:

a).- Por la prueba directa de su accesoriedad o conexión. En los casos de los actos accesorios de un acto de comercio o los directamente relaciones con él, celebrados por quienes no son comerciantes: comisión mercantil (Art. 75 F. XII C. Com.), operaciones de mediación en negocios mercantiles (Art. 75 F. XIII C. Com.), los depósitos por causa de comercio (Art. 75 F. XVIII C. Com.), el préstamo (Art. 358 C. Com.), el transporte (Art. 576 C. Com.) En este supuesto, quien sostenga la mercantilidad del acto debe asumir la carga de probar que está vinculado a uno principal de comercio. Sólo ante esa prueba deberá de declararse la comercialidad.⁶

b).- Por la presunción *iuris tantum* de la conexidad. En las obligaciones contraídas por un comerciante atento a lo dispuesto por la fracción XX del artículo 75 del Código de Comercio, a no ser que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio. La prueba recaerá sobre quien sustente el carácter civil del acto, pues la ley presume la mercantilidad. La demostración consistirá en que el acto celebrado por el comerciante no está en conexión con su comercio.⁷

c).- Por la presunción *iuris et de iure*. El carácter absoluto de la presunción resulta del texto de la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio conforme a la cual son actos de comercio "las obligaciones entre comerciantes y banqueros si no son de naturaleza esencialmente civil". No es factible la prueba de falta de conexión con otros de comercio cuando las dos partes son comerciantes; solo habrá de aplicarse la ley civil si el acto tiene ese carácter de forma absoluta (matrimonio, adopción, tutela, etc.).⁸

Consecuentemente, con excepción de la fianzas a las que expresamente la ley las reputa mercantiles (Art. 2 LFIF), el contrato de garantía de mérito no es un acto esencialmente civil ni mercantil, y son los únicos elementos para deslindar el carácter que puede asumir los proporcionados por las normas del mismo género y la doctrina. A mi entender, es el derecho mercantil un ámbito especial y distinto a la normatividad civil, aplicable sólo a los actos de comercio, y quien sostenga dicha naturaleza en la fianza por alguna conveniencia de orden sustantivo o procesal contenida en las reglas contenidas en el Código de Comercio, deberá comprobar su naturaleza análoga a los actos enunciados por el artículo 75 del dispositivo mencionado. Conforme a los criterios anteriores, la fianza adquiere la naturaleza mercantil en los siguientes casos:

- Cuando es otorgada para garantizar en forma accesoria o conexas con otro acto de naturaleza mercantil. En este caso, el carácter comercial de la fianza resulta por la accesión

⁶ Idem. Págs. 77-79.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

o conexidad del acto de la misma categoría al que garantiza. Por ejemplo, la fianza para garantizar el pago de operaciones mercantiles de compraventa, de contratos de arrendamiento financiero, de factoraje financiero, de descuento de títulos de crédito, etc.

- Cuando la obligación de fiar es asumida por comerciante (*iuris tantum*). La presunción emana de la mercantilidad de las obligaciones de los comerciantes y quien sostenga el carácter civil del contrato deberá de probar que la obligación principal garantizada es ajena al negocio del comerciante (Art. 75 F. XX.).
- Cuando el contrato es concertado entre comerciantes (*iuris et de iure*). Es parecida la hipótesis a la anterior, solo que en este caso las obligaciones recíprocas de los comerciantes que intervienen en la celebración de acto es lo que le impregna la calidad comercial (Art. 75 F.XXI.)
- Cuando son otorgadas en determinadas y excepcionales circunstancias por ciertas clases de comerciantes autorizados y organizados legalmente. Ejemplos: las otorgadas por instituciones de crédito cuando no puedan ser atendidas por instituciones de fianzas, en virtud de su cuantía y previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Art. 106 F. IX LIC- Art. 75 F. XIV C. de Com.) las otorgadas por uniones de crédito a favor de sus socios o en garantía del financiamiento recibido (Art. 45 F. VI LOAC), etc.

¿Cuál es la importancia de distinguir a la fianza civil y mercantil? El Código de Comercio dispone de dos apartados intitulados “De los contratos mercantiles en general” (Arts. 77 al 88) y “De las prescripciones” (Arts 1038 al 1048) los cuales contienen algunas reglas de excepción, que derogan en lo que se contrapongan a las establecidas por el Código Civil en materia Federal, por ser aplicable de manera supletoria a falta de disposición expresa (Art. 2º C. Com.). Solo por citar algunos ejemplos: Los contratos mercantiles se perfeccionan conforme a la teoría de la expedición (Art. 80 C. Com.) mientras que los civiles por la recepción (Art. 1807 C. C), si la obligación no se cumple, no cabe la posibilidad de conceder términos de gracia o cortesía (Art. 84 C. Com.), en materia mercantil no es requisito de la mora la interpelación al deudor, respecto de los contratos que tuvieran día señalado para su cumplimiento (Art. 85 C.Com). etc. De igual manera, la ventilación y decisión de controversias derivadas de los actos de comercio se sujetan a la substanciación de juicios mercantiles, en la manera y términos que indica la propia legislación (Art. 1049).

2. CONCEPTO DE FIANZA DE EMPRESA.

Los especialistas de la materia, bajo la designación de fianza de empresa aluden a la fianza otorgada a título oneroso por una sociedad anónima autorizada por el estado para hacer de dicha operación su objeto social; esta última denominada legalmente como “institución de fianzas”. El contrato fue bautizado con el citado nombre por el Lic. Luis Ruiz Rueda en 1944 con ocasión de la monografía “El Régimen Publicista de las Empresas de Fianzas”⁹ influenciado por la entonces Ley de Instituciones de Fianzas, antecesora de la actual Ley Federal de Instituciones de Fianzas que en diversos artículos hacía referencia a la palabra empresa para designar a aquellas sociedades anónimas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para prestar el servicio de afianzamiento en forma lucrativa, profesional y sistemática.

⁹ Ruiz Rueda, Luis; “El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio”; 1ª Edición; Talleres Imprenta Arana. México, 1960 Pág. 12.

“Como se ve, domina en la ley el concepto básico de *empresa*, sin que pueda confundirse este término con el de sociedad -error en que con frecuencia se incurre- porque pugnaría con el texto del artículo 6º, y aun con el artículo 1º¹⁰ donde se habla de la necesidad de autorización estatal “para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso en cualquier ramo”, es decir se caracteriza a esa actividad como profesional.”

“Por otra parte, la ley en su conjunto indica los lineamientos generales de la organización económica, como necesidad para el ejercicio de esta actividad; no lo deja a la discreción o arbitrio del titular de la empresa afianzadora”

“Ahora bien, si solo las empresas afianzadoras pueden obtener para su titular la autorización estatal ya dicha, es manifiesto que exclusivamente las fianzas que otorgan las *instituciones de fianzas*, son *fianzas de empresa*”¹¹

Nombre por demás apropiado para distinguir las fianzas otorgadas por instituciones autorizadas estatalmente para tal objeto, de otro tipo de fianzas que también pueden asumir condicionadamente la calidad mercantil; inclusive para diferenciarla de aquéllas otorgadas por comerciantes organizados estructuralmente como empresas, pero cuya rama industrial, comercial o de servicios que explota difiere del objeto social exclusivo de las instituciones afianzadoras.¹²

Para comprender mejor el alcance del concepto fianza de empresa debemos remitirnos a la definición del término *empresa*. La palabra empresa proviene del latín *in*: en, y *prehensa*: tomada o cogida; es decir, emprender, intento. Para las disciplinas económicas empresa significa: “...la organización de la actividad económica que se encarga de la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado. Reunión de elementos de capital y el trabajo para orientar sus relaciones hacia la producción de bienes y servicios en el mercado y generar un valor económico agregado...”¹³ Es decir, la empresa comprende: a).- un patrimonio que permite al empresario asumir el riesgo de la producción, b).- la combinación de elementos o factores de producción y, c).- la búsqueda de la máxima utilidad o renta monetaria neta.

En la misma vertiente se manifiesta el ilustre jurista Jorge Barrera Graf al señalar que la empresa o negociación es “...la actividad del empresario consistente en la organización de diversos factores de la producción, con el fin de producir bienes y servicios para el mercado...”¹⁴ Esta definición contiene elementos económicos y jurídicos de importancia:

a).- La realización de ciertos actos mercantiles emprendidos por una persona física o moral a quien por ese hecho el Código de Comercio califica de comerciante (Art. 3).¹⁵

b).- Que la conducta o actividad humana este referida a organizar ciertos factores productivos (Ejemplo: constituir y explotar un patrimonio).¹⁶

¹⁰ Nota: los artículos citados corresponden a la entonces vigente Ley de Instituciones de Fianzas.

¹¹ Ruiz Rueda Luis, Op. Cit. Pág. 13

¹² La palabra empresa es usada con frecuencia en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas tanto para referirse a estas como a otro tipo de organizaciones: Arts. 3º, 4º, 10, 14, 15 Bis F.I., 28, 43 inc. b) y c), 49, 60 F. VIII, 66, 67, 83 F.IV., 112 P.5., 112 Bis 2 F.III.

¹³ Ortega Blake, Arturo. “Diccionario de Planificación Económica”, 2ª edición, editorial Trillas, México, 1982. Pág. 115.

¹⁴ Barrera Graf, Jorge, “Diccionario Jurídico Mexicano”, 7ª edición, editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 1262.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

c).- Que la finalidad consista en la producción de bienes o servicios para el mercado. La empresa se encuentra encaminada a satisfacer a gran escala la demanda de un amplio grupo consumidor obteniendo a cambio un valor agregado o ganancia que es el rasgo característico que la legislación mercantil toma en cuenta para considerar a los actos y a la figura misma de la negociación como comercial, lucrativa y no meramente con fines de beneficencia, sociales o culturales.¹⁷

En este orden de ideas, es fácilmente comprensible que al referirnos a la fianza de empresa hacemos mención a aquellas que son otorgadas por un comerciante que, conjugando su patrimonio y los factores de la producción, hace de ellas su ocupación ordinaria a fin de ofrecerlas a un mercado o público demandante.

Como universalidad de derecho que constituye el patrimonio, así como organismo económico productor de servicios, la empresa afianzadora merece una protección especial por parte de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a través de normas de orden público que regulan su creación, funcionamiento y operación, así como su inspección y vigilancia por parte de la autoridad federal con el objeto de procurar las condiciones necesarias que les permitan proporcionar adecuadamente su servicio de afianzamiento, propiciando su desarrollo y crecimiento. La ley especial mencionada institucionaliza a la empresa afianzadora, esto es, la tendencia de convertir en norma jurídica una conducta claramente arraigada e identificable en el seno social, dado el interés público que reviste el servicio afianzador sistemático, profesional y a título oneroso, para el adecuado funcionamiento del sistema financiero mexicano y, por ende, para el desarrollo social. Por ello la importancia de regular al sector empresarial que hace del afianzamiento una actividad profesional y lucrativa cuando el estado con legítimo interés protege, además de la estabilidad y solvencia de la negociación, al público usuario que recurre a ellas para garantizar el cumplimiento del más variado tipo de obligaciones (operaciones crediticias, fidelidad, créditos fiscales, judiciales, etc.). dado lo ágil y expedito de su otorgamiento así como la confianza de su cumplimiento.

Con la explicación anterior, es claro que cuando hablamos de fianza de empresa nos referimos a la otorgada habitualmente y a título oneroso mediante póliza, por una sociedad autorizada legalmente por el Gobierno Federal para constituirse y organizarse como empresa para explotar en exclusiva dicha actividad.

3. INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Las instituciones de fianzas son empresas autorizadas por el gobierno federal para tener por objeto social el otorgamiento habitual de fianzas a título oneroso. Dada su trascendencia, la empresa afianzadora es regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que establece los lineamientos generales de su creación, organización y funcionamiento que deben observar imperativamente quienes deseen incursionar en tal área de la actividad económica-financiera. Las notas distintivas de la institución afianzadora son:

A. AUTORIZACIÓN ESTATAL. La autorización para organizarse y funcionar como instituciones de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento compete otorgarlo discrecionalmente al Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las autorizaciones son intransmisibles (Art. 3). Compete exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público adoptar todas las medidas necesarias a la creación y

¹⁷ Idem.

al funcionamiento de instituciones nacionales de fianzas. La citada secretaría es el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos los preceptos de la ley especial procurando el desarrollo equilibrado del sistema afianzador y una competencia sana entre las instituciones de fianzas que lo integran (Art. 1) En consecuencia, se prohíbe a toda persona física o moral distinta de las instituciones de fianzas autorizadas otorgar habitualmente fianzas a título oneroso (Art. 3). De igual forma, se prohíbe contratar con empresas extranjeras fianzas para garantizar actos de personas que en el territorio nacional deban cumplir sus obligaciones, salvo en los casos de reafianzamiento o cuando se reciban como contragarantía por las instituciones de fianzas mexicanas (art. 4). Las fianzas celebradas con empresas extranjeras en contravención a la ley se encuentran afectadas de nulidad absoluta sin producir efecto legal alguno (Art. 4), y son sancionados los infractores con prisión y multa (art. 112 F.I y II) a diferencia de las fianzas expedidas en contravención a lo dispuesto por el artículo 3º que siendo ilícitas sí producen consecuencias jurídicas ya que con independencia de las sanciones de prisión y multa, la empresa o negociación infractora será intervenida administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas hasta liquidar dichas operaciones (Art. 112 bis).

Para obtener la autorización los interesados deben presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el proyecto de escritura constitutiva en los términos del artículo 15 de la ley, un plan de actividades que contemple como mínimo: el capital social inicial, ámbito geográfico, programas de operación técnica, colocación de fianzas y organización administrativa; así como el comprobante de haber constituido en Nacional Financiera un depósito en moneda nacional o en valores del Estado, por su valor de mercado, igual al 10% del capital mínimo para operar. La autorización quedará sujeta a la condición de que dentro de los tres meses siguientes la institución deberá presentar para la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el testimonio de la escritura constitutiva con el capital mínimo autorizado íntegramente suscrito y pagado; registrar ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la documentación relacionada con la oferta, solicitud y contratación de fianzas así como los modelos de contrato de reafianzamiento; e iniciar sus operaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aprobación de la escritura y de los documentos mencionados. El depósito se devolverá una vez iniciada las operaciones o al denegarse la autorización (Arts. 7, 85, 105) Las autorizaciones, modificaciones o los acuerdos de revocación deberán de publicarse en el Diario Oficial de la Federación (Art. 6).

En virtud de la autorización las palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía u otras que expresen ideas semejantes sólo podrán emplearse en forma exclusiva por las empresas afianzadoras autorizadas en su nombre o denominación social, con excepción de los intermediarios, empresas o asociaciones de instituciones de fianzas cuyas actividades se encuentren sujetas a la ley o disposiciones administrativas y que además cuenten con la autorización correspondiente. Asimismo la palabra "nacional" sólo podrá ser usado por las instituciones de fianzas que tengan ese carácter (Art. 10). Como protección a las instituciones de fianzas autorizadas la ley prohíbe inscribir en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio escrituras constitutivas o modificaciones de sociedades en cuyo nombre o razón social o denominación se emplee cualquiera de las palabras indicadas o cuyo objeto social sea operar en materia de fianzas, si no se insertan los documentos oficiales que comprueben la existencia de la autorización. En el caso de escritura constitutiva o modificaciones a los estatutos sociales de las instituciones de fianzas, además de la autorización a que se refiere el artículo 5º debe comprobarse la respectiva aprobación establecida en el artículo 15 fracción X. (Art. 11).

B. SOCIEDAD MERCANTIL. La prestación habitual del servicio afianzador a cambio de una remuneración o ganancia es el objeto de la explotación cotidiana de las instituciones autorizadas por el Estado. Para lograr esa finalidad los interesados se constituyen en sociedad anónima a la cual se obligan a pagar sus aportaciones limitando de esta forma sus independencias jurídicas y económicas en favor del progreso del ente social. La aceptación general de la sociedad anónima en la vida comercial no podría estar ausente en las instituciones de fianzas por sus ventajas: personalidad jurídica distinta de los socios y patrimonio propio, en fomento de la concentración de capitales.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece en el artículo 15 que tendrán por objeto social otorgar fianzas a título oneroso, reafianzamiento y otras operaciones autorizadas por la ley. Su duración es por tiempo indefinido. Su domicilio social estará siempre dentro del territorio nacional, lugar donde celebrarán todas sus asambleas y juntas directivas. Deben constituirse como sociedades anónimas de capital fijo o variable, con arreglo a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Las compañías afianzadoras podrán ser de capital total o mayoritariamente mexicano o de capital extranjero consideradas filiales de instituciones financieras del exterior. Se prohíbe la participación en el capital social de gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, por sí o por interpósita persona, Asimismo se prohíbe la participación en el capital pagado, directa o por interpósita persona de instituciones de crédito, sociedades mutualistas de seguros, casas de bolsa, casas de cambio, organizaciones auxiliares de crédito y sociedades operadoras de sociedades de inversión. Contarán con el capital social mínimo pagado expresado en unidades de inversión (UDIS) que determine anualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y totalmente cubierto en su totalidad en moneda nacional. Las acciones suscritas deberán estar íntegramente pagadas. Cuando el capital social exceda del mínimo deberá estar pagado cuando menos en un 50%, siempre que este porcentaje no sea menor del mínimo establecido.

En sociedades de capital variable, el capital mínimo obligatorio estará integrado por acciones sin derecho a retiro. El monto del capital pagado con derecho a retiro en ningún caso podrá ser superior al capital pagado sin derecho a retiro. Por regla general en las instituciones constituidas como sociedades de capital total o mayoritariamente mexicano se prohíbe a toda persona física o moral detentar la propiedad de más del 20% del capital pagado.

Se obliga a las instituciones a celebrar por lo menos una asamblea general ordinaria cada año y a establecer en la escritura social el derecho de los socios que represente por lo menos el 10% del capital pagado, para convocar a asambleas extraordinarias. Las decisiones deberán tomarse en las asambleas extraordinarias por una mayoría del 80% del capital pagado con derecho a voto y en caso de segunda convocatoria con el voto por lo menos del 30% del capital pagado con derecho a voto. Los nombramientos de consejeros y directivos deberán recaer en personas de reconocida honorabilidad, de amplios conocimientos y experiencia financiera o administrativa y que no se encuentren impedidos legalmente para ejercer el cargo, con la aprobación de Junta de Gobierno de la Comisión Nacional de Seguros y fianzas.

De las utilidades se separarán, por lo menos un 5% para constituir un fondo de reserva de capital, hasta alcanzar una suma igual al importe del capital pagado. En caso de recapitalización deberá constituirse nuevamente la reserva a partir del ejercicio siguiente.

La cesión o traspaso de obligaciones y derechos por el otorgamiento de fianzas, de activos o pasivos de institución de fianzas a otra o su fusión requerirá de la previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La disolución y liquidación se realizará conforme a las reglas establecidas en la ley especial de fianzas donde el cargo de síndico y liquidador siempre corresponderá institución de crédito facultada para operar fideicomisos, y sus funciones supervisadas por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la cual podrá solicitar la suspensión de pagos.

C. ACREDITADA SOLVENCIA. En correspondencia al principio en materia civil de que el fiador debe tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (Art. 2802 C. C), la Ley Federal de Instituciones de Fianzas les confiere a éstas la calidad de reconocida o acreditada solvencia sin necesidad de demostrarlo, dada una serie de mecanismos y operaciones establecidos por la ley que deben observar imperativamente para procurar y mantener su estabilidad económica, mismos que cuentan con inspección y vigilancia del Gobierno Federal.

Las instituciones de fianzas se consideran de acreditada solvencia por las fianzas que otorguen. De igual forma se consideran de acreditada solvencia por las demás obligaciones que contraigan mientras no sean puestas en estado de liquidación o quiebra, no están obligadas a constituir depósitos ni fianzas legales, salvo por responsabilidades que puedan asumir derivadas de juicio laborales, de amparo o de créditos fiscales (Art. 12). Por lo tanto, las autoridades federales, estatales o municipales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, sin calificar dicha solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas, comprobación que es propietaria de bienes raíces o su existencia jurídica. De igual forma las autoridades no podrán fijar mayor importe para las fianzas que otorguen las afianzadoras autorizadas, que el señalado para depósitos en efectivo u otras formas de garantía (Art.13).

A efecto de procurar la estabilidad y solvencia de las empresas afianzadoras, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas de carácter general establecerá el requerimiento mínimo de capital base de operaciones de las instituciones que es la cantidad necesaria de recursos disponibles para la adecuada realización de sus actividades, tomando en consideración los diferentes montos de responsabilidades asumidas, garantías, tipos de fianzas, clases de obligaciones garantizadas y otros criterios (Art.18).

Para evitar que las instituciones otorguen fianzas en mayor monto del que puedan efectivamente responder, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establecerá a través de reglas de carácter general, el límite máximo de retención por acumulación de responsabilidades por fiado u operación de reafianzamiento, con el propósito de distribuir adecuadamente sus responsabilidades (Art. 17). De igual forma, cuidando que las instituciones de fianzas tengan la suficiente capacidad económica para hacer frente a las obligaciones asumidas por el otorgamiento de fianzas, la ley las obliga a constituir reservas técnicas de fianzas en vigor, de contingencia y otras, en los montos, forma y términos que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para cada tipo de fianzas que otorguen, considerando el monto de primas cobradas, las responsabilidades asumidas, el grado de riesgo, las garantías de recuperación obtenidas, los índices de reclamaciones y recuperaciones registradas, esquemas de reafianzamiento adoptados y las condiciones imperantes en el mercado. Asimismo se puede ordenar la constitución de reservas técnicas especiales cuando a juicio de la secretaria las características o posibles riesgos de un tipo de operaciones las hagan recomendables para hacer frente a posibles pérdidas u obligaciones presentes o futuras (Art. 46).

D. SUPERVISIÓN GUBERNAMENTAL. Las autorizaciones otorgadas a las instituciones de fianzas para operar habitualmente en el sector afianzador de forma onerosa, no se concretan que al momento de la constitución de la empresa existan las condiciones mínimas necesarias para su operación, sino que subsistan y se incrementen, que les permita proporcionar adecuadamente su servicio con una mayor capacidad operativa así como para propiciar su sano desarrollo y crecimiento. Estos fines solo pueden ser posibles mediante la constante inspección y vigilancia de la autoridad.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es la autoridad facultada para inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sus reglamentos y disposiciones generales por parte de las citadas instituciones, así como de las personas y empresas a que se refiere la ley (Art.16). Estas estarán obligadas a rendir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público así como a la propia comisión, en la forma y términos que al efecto se establezcan, los informes y comprobaciones que sobre su organización, operaciones, contabilidad, inversiones o patrimonio para fines de regulación, control, supervisión, vigilancia y estadística (Art. 67) Entre las facultades y deberes más relevantes de la Comisión está la proveeduría de las medidas necesarias para que las instituciones de fianzas cumplan con las responsabilidades contraídas con motivo de las fianzas otorgadas y la imposición de sanciones administrativas por infracciones a la ley (Art. 68 F. IV y V).

Por su parte, el Presidente de la Comisión está facultado para efectuar la inspección y vigilancia de las instituciones; intervenirlas contablemente para determinar su situación financiera; revisar y modificar las primas; así como las comisiones cobradas por agentes por operaciones de reaseguro, cofianzamiento y reaseguro; investigar posibles actos violatorios de la ley, ordenando visitas de inspección y la suspensión de las operaciones hasta que la ilicitud se corrija o inclusive la clausura; informar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de las infracciones administrativas y hechos delictuosos; imponer las sanciones aprobadas por la Junta de Gobierno de la Comisión, y demás atribuidas por el ordenamiento legal (Art. 69).

Las instituciones de fianzas están obligadas recibir las visitas de inspección que se ordenen practicar (Art. 70). Cuando se advierta de las visitas que las obligaciones, el capital o las inversiones de las instituciones no se ajusta a las disposiciones legales, el Presidente de la Comisión dictará las medidas para normalizar la situación en un plazo no mayor a 30 días. Transcurrido el plazo sin regularizarse la situación, se podrá ordenar la suspensión de la ejecución de las operaciones anómalas o que se proceda a su liquidación, disponiendo si se estime conducente, la intervención de la institución para corregir las irregularidades (Art. 72). Cuando las irregularidades son de tal modo graves que afecten la estabilidad o solvencia de las instituciones poniendo en peligro los intereses de los fiados, beneficiarios o acreedores podrán intervenirse mediante la designación de la persona física que funja como gerente-interventor, con facultades del consejo de administración y plenos poderes de dominio, administración, pleitos y cobranzas, y las que requieran cláusula especial (Arts. 73, 74,75,76). Si las irregularidades no pueden corregirse provocando de modo grave la estabilidad económica de la institución se procederá a revocar y liquidar la institución en los términos de ley (Arts.103 Bis-109 bis). Asimismo, las infracciones a la ley, reglamentos y disposiciones generales serán sancionadas con multa administrativa así como con pena privativa de libertad y multa cuando configuren los tipos delictivos especiales (Arts.110-112 Bis).

E. ACTIVIDAD PROFESIONAL. La actividad afianzadora es profesional en tanto implica la prestación de un servicio de forma ordinaria, no ocasional o esporádicamente. La reiterada práctica de otorgar fianzas a título oneroso especializa a la institución de fianzas en dicha actividad la cual constituye su objeto social por excelencia. Las instituciones de fianzas para ofrecer el servicio afianzador a un considerable público demandante en forma profesional o especializada pone en juego un conjunto de elementos materiales y humanos. A estos factores se refiere la ley en diversos preceptos.

Las instituciones de fianzas para la realización de su objeto social de otorgar habitualmente fianzas a título oneroso les está permitido ofrecerlas al público por cualquier medio de publicidad, a través de la expedición de pólizas, mediante la utilización de agentes (Art. 3). La obligación de constituir el requerimiento mínimo de capital base de operaciones para la adecuada realización de sus actividades (Art. 18). Deben invertir el 60% del requerimiento mínimo de capital base de operación en mobiliario y equipos así como en inmuebles, derechos reales que no sean de garantía y acciones de las sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir y administrar éstos, destinados al establecimiento de las oficinas de la institución (Art. 40 F.I.). Asimismo en sus actividades pueden contratar a personas físicas y morales autorizadas como agentes de fianzas para intervenir y asesorar en la contratación de fianzas, conservarlas o modificarlas, para la mejor conveniencia de las partes (Art. 87).

Las notas técnicas de los servicios ofrecidos al público por las instituciones de fianzas que están obligadas a registrar en la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas denota con mayor precisión el calificativo de profesionalismo de la actividad (Art. 86). Las notas técnicas son el soporte operativo de cada uno los productos ofrecidos al público el cual comprende: A).- tarifas de primas y extraprimas así como su justificación técnica; B).- bases para el cálculo de reservas; C).- deducibles, cofianzamientos o cualquier otro tipo de modalidad; D).- Recargos por costos de adquisición y administración; E).- cualquier otro elemento que sea necesario para el adecuado desarrollo de la operación. Inscrita la nota técnica puede la institución de inmediato ofrecer al público los productos descritos, no prejuzgando por ello la veracidad de los supuestos expuestos ni la viabilidad de los resultados. La nota técnica puede ser suspendida o revocada en los supuestos legales, estando obligada la afianzadora a no ofrecer o contratar la operación correspondiente hasta regularizar la situación.

F. OPERACIÓN SISTEMÁTICA. Derivado de la combinación de esfuerzos humanos y recursos materiales de las instituciones de fianzas para la realización de su fin social, decimos que el otorgamiento de la fianza es sistemático en cuanto que, tratándose de un servicio que se ofrece al público en general, su celebración debe llevarse a cabo de la manera mas simple y ágil que le permita satisfacer oportunamente las necesidades del mercado. Precisando, una actividad económica puede ser habitual y no por ello sistemática, prolongada en el tiempo y no desarrollada en forma coordinada. Con esto quiero decir, que se homologan o se desarrollan en forma coordinada los procedimientos de contratación de la fianza de empresa. Este fin se lleva a cabo mediante la contratación y el otorgamiento de la fianza con base en formularios de oferta-solicitud de expedición de fianza así como el correspondiente otorgamiento de la obligación fiadora mediante póliza; que facilitan y optimizan la capacidad operativa para atender a un gran público consumidor, dada la morosidad que implicaría el celebrar contratos ajustados a cada una de las situaciones, condiciones y términos específicas de los celebrantes. A continuación pasaré a referirme brevemente a los preceptos de la ley referidos a la sistematización operativa en la fianza de empresa.

Las instituciones de fianzas están obligadas a presentar ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para efectos de registro y vigilancia la documentación que utilicen con relación a la

oferta, solicitud y contratación de fianzas o la derivada de éstas, así como los modelos de contratos utilizados para ceder responsabilidades en reafianzamiento, con un mínimo de 30 días anteriores a su utilización o apertura de operaciones. La Comisión dentro de los 30 días hábiles siguientes a su recepción podrá ordenar las modificaciones o correcciones que estime pertinentes. En caso de abstención se entenderá fictamente que no tiene inconveniente en su utilización. Las instituciones están obligadas a incluir invariablemente en los textos de los documentos citados las indicaciones que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 85).

La institución de fianzas otorga las fianzas y celebra los contratos relacionadas con ellas por conducto de los funcionarios designados especialmente al efecto, de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución (Art. 82). Las documentales que acrediten las facultades de los representantes legales de las instituciones de fianzas para otorgar fianzas, así como los facsimiles de sus firmas deberán registrarse en la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 84).

Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener las indicaciones que fije administrativamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 117).

G. FINALIDAD LUCRATIVA. Como se dijo en párrafos anteriores, el otorgamiento habitual de fianzas es una actividad desarrollada para obtener una ganancia o lucro como fin de la empresa afianzadora. A la contraprestación por el otorgamiento de la fianza se le denomina prima. El contrato de fianza de empresa es siempre oneroso.

Las instituciones de fianzas son las únicas facultadas para otorgar habitualmente fianzas a título oneroso (Arts. 1. y 3). Dada la importancia de las primas para el sano desarrollo y solvencia económica de las instituciones de fianzas, la ley las obliga a inscribir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas las notas técnicas de los tipos de fianzas ofrecidos al público donde se contenga las tarifas de primas y extraprimas así como su justificación técnica (Art. 86 Inc. a.) El cálculo de las primas debe ser suficiente para que la institución afianzadora pueda cumplir con las responsabilidades contraídas (Art. 104). Las primas se cobrarán por los agentes de fianzas contra recibos oficiales expedidos por las instituciones de fianzas, prohibiendo la ley la recepción de anticipos o pagos de primas con recibos distintos. Los recibos de primas expedidos en papelería oficial y firmados por los agentes hacen prueba plena en contra de las instituciones de fianzas (Art. 90 Bis) Las primas vencidas y no pagadas dan derecho a la institución de fianzas a su cobro en vía ejecutiva (Art. 96). El adeudo a cargo del fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza, faculta a las instituciones de fianzas a no liberar la afectación en garantía sobre inmuebles constituida por el fiado, solicitante, obligado solidario o contrafiador.

4. RÉGIMEN LEGAL.

Las instituciones de fianzas y las fianzas que ellas otorgan se encuentran sujetas a un régimen legal propio o estatus jurídico especial. En efecto, en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que regula a éstas y a las operaciones que realicen, prevalecen normas de derecho administrativo referidas a la autorización, creación, operación y funcionamiento de las sociedades anónimas que tienen por objeto otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, así

como la correspondiente fiscalización de sus actividades que realicen a través de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de facultades de inspección y vigilancia; dando motivo en caso de violaciones a la ley de aplicación de sanciones, intervención administrativa y liquidación forzosa. A su vez, dichas normas administrativas derivan en decretos (Decreto sobre fianzas en moneda extranjera), reglamentos (Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas), reglas de carácter general (Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito), así como oficios y circulares de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

No dejan de ser menos importantes las normas sustantivas contenidas en el dispositivo legal en comento pues, implican una excepción a la regulación de la fianza por el derecho civil al prescribir que las fianzas otorgadas por las instituciones de fianzas autorizadas "...no gozan de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor..." (Art. 118). "Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de fianzas..." (Art. 116), etc. Para complementar el vacío normativo de orden sustantivo, el artículo 113 de la mencionada ley remite en lo no previsto, por lo dispuesto por la legislación mercantil y a falta de disposición expresa, el Código Civil en Materia Federal.

En el desfile normativo, no podrían faltar las disposiciones de corte adjetivo o procesal que disponen distintos tipos de procedimientos (extrajudicial, administrativo, arbitral, judicial, fiscal) para hacerla exigible. Por lo que se refiere a las reclamaciones administrativas el artículo tercero transitorio de la Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros (D.O.F. 18 de enero de 1999) menciona que las referencias a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los artículos 93 y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se entenderán referidas al organismo público desconcentrado de nueva creación denominado "Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios financieros".

Y qué decir de la supletoriedad en los juicios especiales contenidos en la ley de la materia. En los procedimientos en contra de instituciones de fianzas los particulares pueden elegir libremente entre jueces federales o locales para el trámite de la reclamación conforme a las reglas procesales contenidas en el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles en ese orden (Art. 94 F. VI y VII). Para reclamar las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados, y Municipios, el beneficiario podrá optar entre los procedimientos administrativo-conciliatorio o judicial establecidos en los artículos 93 y 94 de la ley o bien bajo el procedimiento especial establecido en el artículo 95 y conforme a las bases que fije el reglamento respectivo; con excepción de las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, que se sujetará al procedimiento administrativo de ejecución contemplado en el Código Fiscal de la Federación (Art.143).

Las notas que preceden evidencian la mezcla existente en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de disposiciones de orden administrativo, sustantivo y procesal derivado de una deficiente técnica legislativa y de unidad conceptual; y que su contenido no sólo "se aplica a las instituciones de fianzas" (Art. 1) por no ser normas de exclusivo de corte administrativo sino además a los sujetos contratantes de la fianza en lo que se refiere a las normas sustantivas y adjetivas, explicándose el regular desconocimiento que el público contratante- y aun los litigantes- tiene del funcionamiento de este tipo de garantías.

CAPÍTULO II **CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA.**

1. NATURALEZA JURÍDICA.

Previamente a pasar a analizar la figura jurídica de la fianza de empresa, considero pertinente detenerme brevemente en la exposición de su naturaleza jurídica, a efecto de evitar las imprecisiones en que puede habitualmente incurrirse, cuando en la mayoría de las veces sólo conocemos a la fianza de manera parcial (la póliza de fianza) y nunca por el acto jurídico visto en su conjunto (solicitud, póliza). Por ello, la confusión de identificar a la póliza de fianza con una declaración unilateral de voluntad, título de crédito o el aval cambiario.

A. PÓLIZA DE FIANZA. La póliza es el instrumento por el cual la institución de fianzas otorga su consentimiento de responder ante el acreedor por el incumplimiento eventual del deudor principal. Es el documento por el cual la institución de fianzas asume su obligación como fiadora (Art. 117 LFIF). En la práctica, la póliza de fianzas contiene:

- a).- Nombre de la institución de fianzas.
- b).- Nombre de la persona física o moral a la que está garantizando (fiado).
- c).- Nombre de la persona física o moral ante quien se obliga como fiadora (beneficiario o acreedor principal).
- d).- Obligación principal garantizada.
- e).- Monto o cantidad garantizada.
- f).- Número de póliza (Art. 117 LFIF).
- g).- Condiciones que el beneficiario o acreedor principal debe observar o cumplir para hacer exigible la fianza.
- h).- Indicaciones que administrativamente fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Arts. 85 in fine y 117 LFIF).
- g).- Vigencia de la fianza.
- h).- Fecha de expedición.
- g).- Firma del apoderado con facultades para obligar a la afianzadora.

Se apreciará que el contexto de la póliza no hace mención alguna a celebración de contrato de fianza entre el solicitante o el fiado con la institución de fianzas o, que es aceptación a la propuesta de contrato o solicitud múltiple de expedición de fianzas.

B. PERFECCIONAMIENTO. Expliquemos como ocurre la expedición de la póliza de fianzas en el ejercicio diario del servicio afianzador. El deudor principal o el interesado ocurren ante los agentes de la institución de fianzas a llenar un formato que contiene un clausulado uniforme de propuesta o solicitud de contratar con la institución fiadora. Dicho documento es una oferta de contratar en el cual acepta adherirse a las condiciones generales estipuladas por la afianzadora y, en su caso, a las especiales de fianzas de crédito, de moneda extranjera u otras que fije la autoridad; que han sido previamente aprobadas por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 85 LFIF). En el mismo instrumento el solicitante, deudor principal o un tercero constituyen a favor de la institución de fianzas garantías de recuperación (Art. 24 LFIF) para responder de sus obligaciones. El formulario es firmado por el solicitante, fiado o las personas que hayan intervenido para constituir garantías, a quienes en la mayoría casos no se entrega una copia.

La afianzadora procede a analizar la viabilidad de la propuesta. Puede solicitar al fiado o solicitante garantías adicionales a las propuestas inicialmente, celebrar los correspondientes contratos de constitución de garantía (prenda, hipoteca, fideicomiso, afectación en garantía) así como solicitar que el propietario del inmueble propuesto en afectación comparezca a ratificar la garantía ante juez, notario, corredor o funcionario designado de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 31LFIF). Estos actos no implican signos inequívocos o hechos que presupongan o inviten a presumir (Art. 1803 C.C) que la institución de fianzas haya otorgado su consentimiento o que necesariamente deba hacerlo, para obligarse como fiadora. Son actos simplemente preparatorios, accesorios y con carácter preventivo a la eventual aceptación de la institución de fianzas de su obligación.

El solicitante o el deudor principal recibe la póliza de fianza y el correspondiente recibo de pago de la prima de la institución de fianzas como constancia de la aceptación a la propuesta formulada. En este momento es cuando se perfecciona el contrato de fianza por el manifiesto acuerdo de voluntades: oferta y aceptación (Art. 1796 C.C.). En virtud de la póliza, la institución afianzadora se obliga como tal (Art. 117 LFIF). Es la póliza la formalidad exigida por la ley para el contrato de fianza de empresa y mientras no revista esa forma el otorgamiento de la obligación fiadora no será válida (Art. 1833 C.C.).

C. FIANZA A FAVOR DE TERCERO. La definición legal de la fianza nos dice que es un contrato en virtud del cual “una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace” (Art. 2794 C.C.). La fianza se constituye a favor del deudor principal, ya sea que éste la consienta, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga (Art. 2796 C.C.).

De los artículos referidos concluimos:

- a).- Que la fianza es un acuerdo de voluntades.
- b).- Que una persona, el fiador, se compromete con el acreedor.
- c).- Que el objeto del compromiso es pagar al acreedor en caso de que el deudor no lo haga.
- d).- Que la intervención física o voluntad del fiado o deudor principal en la celebración del contrato es propiamente intrascendente, ya que puede consentir en ella, desconocerla o incluso oponerse.

La fianza ha sido conceptualizada tradicionalmente como un contrato celebrado entre acreedor y fiador. Si embargo, el artículo 1868 del Código Civil permite en los contratos hacer estipulaciones en favor de tercero. Si bien la obligación esencial de la fianza es a favor de una persona que en una relación jurídica distinta tiene el carácter de acreedor, para poder hablar propiamente de contrato de fianza con estipulación a favor de tercero en los términos indicados, el acreedor debe ser extraño al acto jurídico del cual emane la obligación fiadora. La referencia doctrinal a la que han recurrido los estudios del tema¹⁸ para sostener la posibilidad de contratar la fianza a favor de un tercero la encontramos en las palabras de Eneccerus-Lehman:

“El fiador se obliga a responder al acreedor por la deuda de otro y, por lo tanto el contrato de fianza se concluye por lo regular entre el fiador y el acreedor”.

¹⁸ Ruiz Rueda, Luis; Obr. Cit.; Cervantes Altamirano, Efrén; Fianza de Empresa (Antecedentes Históricos y Naturaleza Jurídica) Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario, Serie A, Numero 26, UNAM, México, 1950; Ruiz Quiroz, Humberto; Los contratos a favor de tercero, Tercera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Año. 9. No. 10. México. 1985.

“Es concebible también un contrato concluido entre el deudor y el fiador a favor del acreedor, que otorgue a éste inmediatamente un derecho. Pero este caso será rarísimo en la práctica”.¹⁹

Sin restar mérito a la cita doctrinal, conforme a nuestro derecho positivo no encontramos obstáculo legal alguno para que el contrato de fianza se celebre entre el fiador y el fiado; se acuerde que la obligación esencial surta sus efectos a favor de un tercero, el acreedor principal, en virtud de que el Código Civil en el artículo 2794 no exige categóricamente que el fiador contrate con el acreedor sino que mediante un contrato el fiador se comprometa con el acreedor a asumir la obligación de garantizar la deuda ajena.

“...Esta obligación (fiadora) bien puede asumirla el fiador mediante un contrato celebrado con el acreedor directamente, como ocurre por lo general en la fianza de derecho común, que es la definida por el artículo 2794 del Código Civil, o bien por un contrato celebrado por el fiador con el fiado, con una estipulación a favor del acreedor. Este último procedimiento es perfectamente legal desde que el Código de 1928 se estableció como fuente general de las obligaciones, la estipulación a favor de terceros, según consta de los artículos 1868 a 1872...”²⁰

D. FIANZA DE EMPRESA A FAVOR DE TERCERO. El autor de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de sus precedentes normativos no ignoró la operación habitual de las compañías afianzadoras consistente en la celebración del contrato de fianza con el deudor o incluso con un tercero solicitante sin la intervención del acreedor en la obligación principal, mediante la figura de la estipulación a favor de tercero. Pues como se podrá apreciar en diversas disposiciones de la mencionada ley especial se hace referencia directa a la fuente de la obligación, contrato, y lo único que hizo el legislador fue reconocer a la póliza como medio formal de validez del negocio, instrumento mediante el cual la institución afianzadora expresa su aceptación a la oferta hecha por el fiado.²¹

Considero que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas adapta las reglas establecidas en los artículos 1868 a 1870 del Código Civil para la estipulación a favor de tercero, a la función económica social que debe prestar la fianza de empresa.

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

Acorde con lo dispuesto por el artículo 1870 del Código Civil, se establece que la institución afianzadora sólo asume obligaciones como fiadora, obviamente frente al acreedor, mediante el otorgamiento de las pólizas, que como se dijo, es cuando se perfecciona el contrato de fianza.

¹⁹ Eneccerus, Ludwing y Henrich Lehman, Derecho de Obligaciones, Vd. II de Eneccerus-Kip-Wolf, Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Barcelona, 1935, Pág. 462.; Citado por Ruiz Quiroz, Humberto, en la Fianza de empresa a favor de tercero, Obr. Cit. Pág. 328.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 5013/56, Compañía de Fianzas México, S.A. Fallado el 28 de marzo de 1957 por unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Franco Carreño. Secretario: Lic. Nicéforo Olea Mendoza.

²¹ Ruiz Quiroz, Humberto; Obr. Cit. Pág. 350.

De igual forma, que los actos que afectan a la obligación principal, tales como su ampliación, disminución, prórroga, espera u otros que la alteren no se entienden garantizados por la póliza que originalmente se expidió y la institución de fianzas sólo podrá obligarse frente a ellos mediante el otorgamiento de pólizas adicionales, en atención a la accesoriedad del contrato de fianza.

Asimismo, que independientemente de las modalidades que pueden establecer las partes para el ejercicio del derecho por parte del tercero, se obliga a la institución afianzadora con ocasión de algunos de tipos de fianzas (moneda extranjera, operaciones de crédito, etc) a hacer constar en las pólizas, las disposiciones administrativas emitidas en Reglas de Carácter General por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las obligaciones impuestas en las reglas pueden ser modalidades para el titular del derecho, ya que en ocasiones se establece la obligación del acreedor de ejecutar ciertos actos para el ejercicio de su derecho (P.E. acreditar haber realizado gestiones de cobranza, presentar documentación original, etc.).

“El beneficiario al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravió, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor.”

El otorgamiento de la obligación fiadora por escrito, mediante póliza, hace adquirir exclusivamente al tercero beneficiario o acreedor principal el derecho de ejercitar la acción de cobro de la obligación garantizada ante la afianzadora. Siendo la forma escrita en “póliza” un requisito de validez, el beneficiario sólo puede demostrar su otorgamiento mediante este medio. Por tanto, es la propia ley la que desposee de acción al fiado o solicitante (estipulante) para exigir el cumplimiento de dicha obligación a la fiadora (promitente), quedando en desuso lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1869 del Código Civil Federal.

“La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario”.

Vinculado con el primer párrafo, el anterior viene a confirmar que el otorgamiento de la obligación fiadora en póliza engendra el derecho del acreedor, sin necesidad de que exteriorice su voluntad de aprovecharla, por lo que no puede ser revocada por el solicitante-deudor y el fiador. La devolución de la póliza a la institución fiadora por quién sea, sólo establece la presunción *iuris tantum* que la obligación fiadora ha cesado, que admite prueba en contrario; mas no que la obligación ha sido revocada.²²

En la legislación que nos ocupa no existe disposición que se asemeje a lo preceptuado por el artículo 1872 del Código Civil, en lo concerniente a las excepciones que puede hacer valer el promitente (afianzadora) a el tercero beneficiario derivadas del contrato de fianza donde emana el derecho a su favor, que a sido el punto central de los estudiosos del tema de la naturaleza

²² Relevante es deslindar el alcance de estos dos conceptos. La extinción del latín *extinctio-onis*, que es acción y efecto de extinguirse, derivado de *extinguere*, que significa cese al fuego o la luz o hacer que cese o se acabe del todo una cosa o que desaparezca gradualmente algo, como un sentido, un efecto una vida, etc. Por su parte, revocación del latín *revocatio-onis* acción y efecto de dejar sin efecto un acto. La extinción va ligado a la idea de cesar, apagar, consumir algo. Jurídicamente la disolución de la relación jurídica que constriñe al deudor a cumplir una obligación. La revocación la privación de efectos o nulificación del acto. En este sentido la presunción a que se refiere el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas consistente en la extinción de la obligación fiadora, solo puede entenderse en tanto se suponga que ya cumplió con su objetivo, su finalidad. Lógicamente la revocación implica un acuerdo de voluntades en el sentido de nulificar el acto, de invalidarlo, privándolo de toda consecuencia.

de la fianza. Mis consideraciones las dejo para más adelante cuando trate sobre las formas de extinción de la obligación fiadora.

E. JURISPRUDENCIA. La naturaleza jurídica de la fianza de empresa como contrato a favor de tercero ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria de voz: **FIANZAS. ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCERO**, emitida por la Segunda Sala, el 28 de marzo de 1957, con unanimidad de votos, que obra en el tomo CXXX1 página 732 del Semanario del Judicial de la Federación con motivo del amparo en revisión 5013/56 Cia. de Fianzas México, S.A. que por su gran extensión sólo me concretaré a extraer los conceptos medulares de trascendencia sobre el particular:

a).- No es contraria a la razón y al derecho que dos partes estipulen o convengan o pacten que la prestación objeto de la obligación creada por el contrato sea en provecho o a favor del tercero ajeno al contrato, puesto que el Código de Comercio, supletorio a la ley Federal de Instituciones de Fianzas (según el artículo 113 de ésta) previene en su artículo 2º, que el Código Civil lo será a su vez de la legislación mercantil. El artículo 1868 del Código Civil citado, previene que “en los contratos se pueden hacer las estipulaciones a favor de tercero” y el artículo 1870 dice que en ese caso “el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato”.

b).- Las fianzas que otorgan las instituciones de fianzas son en primer lugar, contratos, porque nacen de un acuerdo de voluntades entre la fiadora y el proponente de la fianza; y ese acuerdo de voluntades crea obligaciones recíprocas para las partes; o en otros términos, a ese acuerdo de voluntades conviene la definición de contrato contenida en el artículo 1793 en concordancia con el 1972 del Código Civil.

c).- La estipulación a favor de tercero no constituye una fuente de obligaciones distinta del contrato sino que por el contrario, es una parte del mismo, como lo dice el artículo 1868 del Código Civil citado y lo confirma el 1870. No difiere del contrato sino que es apenas una forma de contratar en que por lo menos una de las obligaciones que crea el acuerdo de voluntades, nace a favor de un tercero no contratante: el beneficiario de la estipulación.

d).- El contrato bilateral y oneroso denominado fianza de empresa casi nunca se concerta entre la fiadora y el beneficiario. Éste por lo regular nunca llega con la institución de fianzas a un acuerdo de voluntades, en virtud del cual la compañía asuma la obligación fiadora y el beneficiario la contraprestación consistente en el pago de la prima. Ese acuerdo de voluntades que da nacimiento a las obligaciones recíprocas, se efectúa entre la fiadora y el fiado, estipulante de la fianza.

e).- La obligación fiadora no puede nacer de una declaración unilateral de voluntad, porque ésta sólo puede crear obligaciones gratuitas a favor del destinatario de esa declaración y nunca crear deudas a cargo del mismo.

f).- La clasificación de esta especial forma de contratar, en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad a pesar de ser un acuerdo de voluntades, es notoriamente una contradicción. La explicación es obvia: los códigos son ordenamientos legales, es decir, colección de normas jurídicas, pero no tratados de derecho, y cuando el legislador, se sale del campo normativo, para invadir el doctrinario, muchas veces se contradice y aun llega al

absurdo, como es llamar declaración unilateral de voluntad a lo que es un acuerdo de voluntades.²³

2. DEFINICIÓN.

La fianza de empresa es el contrato por virtud del cual una institución de fianzas a cambio de una retribución económica (prima) que se obliga a pagar el solicitante o el deudor, estipula a favor de un tercero (acreedor) el compromiso de pagar por el deudor (fiado), si este no lo hace (Art. 2794 C.C.).

Al igual que la fianza civil, la fianza de empresa se constituye en favor del deudor principal ya sea que consienta la garantía, la ignore o la contradiga (Art. 2796 C.C.). Es decir, en la fianza de empresa la voluntad del deudor no es determinante para la celebración del contrato, puede o no intervenir, pero le es útil aun cuando la desconozca, no preste su consentimiento o la rechace, en virtud de que puede gozar sus efectos. La fianza de empresa es consentida por el deudor expresamente cuando él mismo la contrata con la afianzadora; consentida de manera tácita o ignorada si, es o no, respectivamente, hecha de su conocimiento la contratada por un tercero; y repudiada, aquélla a la que se opone en forma expresa celebrada sin su intervención.

3. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO.

La fianza de empresa es un contrato *nominado* por estar nombrado por la legislación. Es *típico* por reglamentarse sus características y su contenido obligacional por la norma jurídica.²⁴ Es un contrato *bilateral* que genera derechos y obligaciones recíprocas para las partes contratantes; para el fiador: el compromiso de garantizar la deuda ajena (obligación fiadora) y el derecho de cobrar a cambio una retribución; para el deudor: obtiene como beneficio que la obligación principal a su cargo se encuentre garantizada y la obligación de pagar la retribución. Es *oneroso* por ser remunerada la obligación del fiador. Es *accesorio* por no tener vida propia sino que depende de un contrato principal así como por garantizar al acreedor en defecto de cumplimiento del deudor. Finalmente es *formal* por exigir la ley para que surta sus efectos que la voluntad se exteriorice a través de la forma escrita mediante el otorgamiento de la póliza.

²³ El Código Civil para el Distrito Federal de 1928 fue el primero en el mundo que, siguiendo doctrinas originadas en Alemania, sostenidas posteriormente en Francia, clasificó la estipulación a favor de tercero como declaración unilateral de voluntad, al incluir normas relativas a esta figura en el capítulo segundo del título primero del libro cuarto, bajo el epígrafe: "De la declaración unilateral de voluntad". Esta tesis tiene su origen en lo expuesto por H. Siegel, quien sostiene que la declaración unilateral de voluntad es la fuente de la obligación tanto en el contrato como fuera de él. La tesis Sigeliana actualmente nadie la acepta, pues la voluntad del estipulante se dirige a la del promitente y viceversa y del encuentro coincidente de estas dos voluntades surge el derecho del tercero y esa coincidencia de declaraciones, respecto de un objeto es lo que se llama consentimiento y constituye la esencia del contrato. Para que la tesis de Siegel fuera verdadera, tendría que haber además de la declaración del promitente dirigida al estipulante, otra declaración dirigida al tercero, lo que es falso, pues a éste sólo se le avisa, se le hace saber, que se celebró un contrato en su favor y que por tanto, ya nació un derecho para él, derivado del acuerdo de voluntades. Ruiz Quiroz, Humberto. "Contratos a Favor de Tercero (segunda parte), Año 8, No. 8, Tomo 2, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de derecho. México, 1984, Págs. 889-894.

²⁴ Con frecuencia se confunde al contrato nominado y el típico y se llega al equivoco de sostener que cuando un contrato es nominado necesariamente debe ser típico. Normalmente, la legislación reglamenta contratos que son típicos y nominados como sucede en la compraventa, el arrendamiento, el depósito, la prestación de servicios profesionales, etc. Pero podemos encontrar contratos que son atípicos, por no estar regulados en la legislación positiva y que sin embargo son nombrados por alguna ley: contratos de agencia, corretaje o mediación y distribución (Art. 115 B-III LISR), abastecimiento, suministro y mediación mercantil (Art. 75 F.V y XIII C.Com.), etc.

4. FIGURAS JURÍDICAS AFINES.

En ocasiones suele confundirse la fianza de empresa con otras figuras jurídicas, tales como la declaración unilateral de voluntad, el título de crédito, el aval cambiario, el seguro, la novación, la carta de crédito, la carta de recomendación y las declaraciones de idoneidad de una persona para responder por otra.

La declaración unilateral como fuente de obligaciones es aceptada por el derecho positivo en casos excepcionales expresamente regulados, que son, la gestión de negocios ajenos sin mandato y sin estar obligado a ello (Art. 1836 C.C.), la oferta al público de vender objetos en determinado precio (Art. 1860 C.C.), la promesa de recompensa mediante anuncios u ofrecimientos al público a quién llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (Art.1861 C.C.); y el concurso con promesa de recompensa para quién llene cierta condición (Art. 1866 C.C); con excepción de la estipulación a favor de tercero, figura jurídica indebidamente clasificada en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad, dada su notoria fuente contractual. En todas éstas figuras, el sujeto activo o promitente obra por un impulso psicológico interno de altruismo o liberalidad que lo anima a ejecutar actos o prometer cierta prestación a favor de un tercero que llene o reúna ciertas cualidades; lo que no sucede con la fianza de empresa en la que la institución fiadora otorga su consentimiento a una oferta de contratar motivada por el propósito de lucro.

La legislación mexicana sólo reconoce con categoría de títulos de crédito a los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna, reconocidos y regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito siempre que reúnan las formalidades legales exigidas para su validez. La póliza de fianza no es un título de crédito porque no es reconocido como tal, no es documento destinado a la circulación, ni es autónomo de la obligación principal que le dio origen.

La fianza de empresa tampoco es un aval cambiario por no ser acto mercantil consignado en garantía en un título de crédito (Art. 1 LFIF) en el que el avalista por el sólo hecho de poner su firma se obliga solidariamente con el obligado al pago, máxime que si la obligación del avalado resultará nula, la obligación del avalista continuará subsistiendo, situación que no ocurre en la fianza de empresa (Arts. 109 y 114 LGTOC).

En el contrato de seguro, la empresa aseguradora asume la responsabilidad de pagar una suma determinada de dinero por los daños ocasionados por siniestros provenientes de la naturaleza: incendio, terremoto, muerte, colisión, inundación, etc. En contraste, la institución afianzadora asume responsabilidades provenientes de obligaciones que pueden ser cumplidas o no por el deudor. Asimismo, la técnica operativa del seguro es distinta de la fianza. La primera sigue la estructura de la mutualidad, es decir, con las contribuciones de los que participan en el ramo de un mismo riesgo se crea un fondo común contingente, con el cual se cubre con la suma convenida a aquéllos que sufran el siniestro. En la fianza de empresa, la institución afianzadora paga con cargo a sus reservas técnicas; pero tiene contra el fiado el derecho de repetir por lo pagado.

La póliza de fianza no es una carta o misiva dirigida a un destinatario para que entregue al portador una cantidad en el límite y en los términos indicados en su contexto, como en las cartas de crédito, porque la empresa fiadora sólo se obliga hasta la suma y en la proporción de la prestación incumplida por el deudor principal, es decir, se encuentra subordinada su obligación de pago al incumplimiento de la obligación principal.

En la novación de contrato con cambio de deudor, el antiguo deudor queda liberado de su obligación y el nuevo deudor asume la nueva obligación alterada substancialmente (Art. 2220 C.C.); mientras que la fianza de empresa la obligación del deudor principal coexiste con la de la institución de fianzas, por lo que si esta paga al acreedor el deudor no se libera de su obligación (Art. 2823 C.C.).

Por último, no pueden equipararse las fianzas de empresa con las cartas de recomendación y las declaraciones testimoniales, toda vez que éstas aseguran la probidad o solvencia de una persona, produciendo como única consecuencia la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios cuando son emitidas de mala fe, siempre que se pruebe que fueron el motivo predominante que indujo al tercero (acreedor) a contratar con la persona recomendada (Arts. 2808, 2809, 2810 y 2825 C.C.). La función de la fianza de empresa es garantizar el cumplimiento de la obligación por el deudor, no acreditar o justificar la probidad o solvencia económica ajena.

5. REQUISITOS ESENCIALES.

Para la existencia de la fianza de empresa es necesaria la concurrencia de los elementos establecidos por el artículo 1794 del Código Civil, que son los siguientes:

A. CONSENTIMIENTO. El acuerdo de voluntades se forma entre la institución de fianzas y el fiado o un tercero. A diferencia de la fianza civil, en la fianza de empresa el acreedor participa excepcionalmente en la celebración del contrato. Regularmente, el beneficiario es ajeno a la celebración y sólo figura como un tercero en la estipulación que hace a su favor. La razón se debe a que siendo las instituciones de fianzas un negocio con fines lucrativos, alguien le debe pagar a éstas la contraprestación por la expedición de la fianza así como constituir a su favor las contragarantías de recuperación para el caso de incumplimiento. Si bien no existe impedimento legal para que el beneficiario pague la prima y de hecho en ocasiones así sucede, lo cierto es, que exigiendo la ley especial a las empresas fiadoras la obtención de contragarantías para recuperar lo pagado en caso de eventual incumplimiento, el acreedor no podría constituir las contragarantías porque resultaría ilógico que él mismo contragarantizara el incumplimiento de su deudor. Por ende, como regla general, es el propio deudor o un tercero con interés a quienes la ley denomina solicitante, quién celebra con la afianzadora el contrato de fianza.

Ahora bien, la manifestación de la voluntad concordante se forma entre el deudor o el solicitante con la institución de fianzas, en el sentido de que ésta última se obliga a pagar al acreedor por el deudor, si éste no lo hace. El acuerdo de voluntades en este sentido es eficaz. El consentimiento en la fianza de empresa debe manifestarse expresamente en la forma prevista por la ley (póliza) por lo cual no puede suponerse tácitamente su celebración por medio de hechos o actos positivos.

B. OBJETO. El objeto directo de la celebración de la fianza de empresa es la creación de la obligación a cargo de la institución de fianzas de pagar por el deudor al acreedor la obligación principal para el supuesto que no lo haga. El objeto de la obligación en la fianza recae en el pago de la obligación principal, presente o futura, por lo que si ésta es inexistente también lo será la fianza. Asimismo la obligación del deudor o tercero solicitante de pagar a la institución de fianzas la contraprestación o prima por el otorgamiento de la fianza es el objeto indirecto del contrato.

6. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

A. CAPACIDAD. Las instituciones de fianzas deben contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso (Art. 1º LFIF); las personas que actúan en su nombre y representación deben contar con poder especial para actos de intermediación en materia de fianzas así como estar debidamente registrados ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Art. 84 LFIF). Para el deudor o el tercero solicitante se exige la capacidad general para obligarse (Art.1797 C.C.).

La prohibición de los administradores y funcionarios para ser afianzados por las mismas instituciones de fianzas donde presten sus servicios no debe interpretarse como una incapacidad, puesto que la tienen y las fianzas que se otorguen son válidas; sólo que la violación a la norma será motivo de sanción (Arts. 60 F. VII y 111 F. XX. LFIF).

B. AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. La voluntad de obligarse debe estar exenta de vicios en la voluntad: el error, el dolo, la violencia y la lesión. Es cuestionable si los vicios del consentimiento puedan acarrear la invalidez del contrato en perjuicio del beneficiario que ha actuado de buena fe.

C. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN. La fianza de empresa debe recaer en objeto, motivo o fin lícito para que sea válida. Por tratarse la fianza de un contrato accesorio es obvia que la licitud en la obligación principal será transmitida a ella. Y la consiguiente nulidad de la obligación principal afectará a la fianza. Consecuentemente no pueden afianzarse obligaciones ilícitas, por ejemplo, la fianza para garantizar el pago de la enajenación de un ejido, venta de armas de uso exclusivo del ejército, mercaderías de contrabando, etc.²⁵

D. FORMA. La fianza de empresa es un contrato que sólo puede surtir sus efectos cuando ha sido otorgado mediante póliza, que es el instrumento por el cual la afianzadora manifiesta su voluntad de obligarse. Además las operaciones adicionales a la obligación fiadora tales como ampliación, disminución o cualquier modificación también deben otorgarse en forma de póliza. La obligación fiadora y los actos adicionales deben contener los requisitos que fije administrativamente la autoridad de la materia (Art.117 LFIF).

Consecuentemente, el contrato de fianza de empresa se perfecciona desde el momento en que se otorga la póliza y, en tanto no se expida, no habrá nacido el derecho del beneficiario para reclamarla, quién en todo caso deberá de comprobar que fue otorgada por escrito. La devolución de la póliza establece la presunción de la extinción de la fianza.

²⁵ A este respecto, el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala el establecimiento mediante reglas generales para prevenir actos u operaciones que puedan dar lugar a la comisión del delito de operaciones de recursos de procedencia ilícita establecido en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

7. ELEMENTOS PERSONALES.

El contrato de fianza de empresa requiere de tres elementos personales: la institución afianzadora, el deudor o fiado y el acreedor. Si bien éste último en la mayoría de las veces no interviene materialmente en la celebración del contrato de fianza con la institución, su existencia jurídica es necesaria por ser el destinatario (titular) de la estipulación entre el fiador y el fiado. El número de personas que pueden intervenir en la celebración del contrato puede variar en función de las contragarantías de recuperación que se constituyan a favor de la fiadora.

A. INSTITUCIÓN DE FIANZAS. Es la persona moral autorizada legalmente para otorgar fianzas en forma habitual y a cambio de una remuneración. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la autoridad encargada de autorizar a las personas morales mexicanas para ser instituciones de fianzas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (Arts. 2, 5 y 15 LFIF). Generalmente es conocida como fiadora, afianzadora, compañía de fianzas, compañía afianzadora o empresa afianzadora.

Las instituciones de fianzas como entes jurídicos abstractos necesitan exteriorizar su voluntad y ejecutarla a través de representantes o apoderados. Los agentes y apoderados debidamente autorizados ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas son los facultados de realizar a nombre y cuenta de las instituciones de fianzas las actividades de intermediación mercantil en las fianzas de empresa.

La autorización para realizar a nombre de las instituciones de fianzas la contratación de fianzas mediante el intercambio de propuestas, aceptación, promoción y asesoramiento así como la conservación, modificación, renovación y su cancelación; se otorga a:

- Agentes de fianzas personas físicas. Los sujetos vinculados a las instituciones de fianzas por una relación laboral o los que sin estarlo se dediquen a esa actividad con base a contratos mercantiles (Art. 1 F. V. Inc. a). y b). RASF).
- Agentes de fianzas personas morales. Constituidas para realizar actos de intermediación mercantil en materia de fianzas, quienes a su vez desempeñan su objeto social por conducto de mandatarios o apoderados personas físicas facultados para desempeñar en su nombre alguna o algunas de las actividades de intermediación (Art. 1, F.V. Inc. c). y F. VI RASG).

En la celebración de la fianza de empresa puede intervenir más de una institución de fianzas o, una organización auxiliar de fianzas, o bien, reafianzadora extranjera registrada, institución de seguros o consorcios, para los casos de diversificación de responsabilidades asumidas mediante el reafianzamiento o el cofianzamiento (Art.9, 32, 33, 34, 35, 114, 115 116 LFIF).

Las instituciones de fianzas pueden formar organizaciones auxiliares de fianzas que son consorcios cuyo objeto es prestar a cierto sector de la actividad económica un servicio de manera habitual, a nombre y por cuenta de dichas instituciones afianzadoras o bien; de celebrar en representación de las mismas los contratos de reafianzamiento o cofianzamiento necesarios para la mejor redistribución de sus responsabilidades (Art.9 LFIF).

B. FIADO. Es el deudor, persona física o moral, en cuyo defecto de cumplimiento de la obligación principal la institución de fianzas se compromete a pagar al acreedor.

C. SOLICITANTE. También denominado tomador o contratante, ya sea el propio deudor o cualquier otra persona física o moral con legítimo interés, es la que contrata con la institución de fianzas el otorgamiento de la fianza.

D. BENEFICIARIO. Es la persona física o moral parte acreedora en la obligación principal respecto de la cual la institución de fianzas se obliga a pagar en caso de incumplimiento del deudor.

E. CONTRAFIADOR. Una persona física o moral distinta del fiado, es quien constituye a favor de la institución de fianzas la contragarantía de fianza, es decir, el sujeto obligado frente a la afianzadora a pagar el reembolso de los gastos derivados por el otorgamiento de la fianza de empresa (indemnización, primas, gastos, costas judiciales, etc.) para el caso de que el fiado no lo haga. Para ello, el contrafiador debe demostrar ser propietario con bienes inmuebles suficientes inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio (Art. 30 LFIF), pudiendo afectar las mismas en garantía del cumplimiento de su obligación (Art. 31 LFIF).

F. OBLIGADO SOLIDARIO. Tal carácter lo puede asumir una persona física o moral distinta del fiador. El obligado solidario se constituye al lado del solicitante o del fiado en una relación plural pasiva frente a la institución de fianzas para obligarse a pagar, cada uno por sí, en su totalidad la prestación debida (Art. 1987 C.C), es decir, el reembolso de los gastos derivados por el otorgamiento de la fianza de empresa (indemnización, primas, gastos y costas judiciales, etc.), para el caso de que el fiado no lo haga. Para ello, el obligado solidario debe demostrar ser propietario de bienes inmuebles inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio (Art. 30) pudiendo afectar las mismas en garantía del cumplimiento de su obligación (Art. 31).

8. OBLIGACIÓN GARANTIZADA.

El elemento u objeto primordial sobre el que recae la voluntad de los contratantes de la fianza de empresa es la obligación principal que el fiador se compromete a pagar en la eventualidad que el deudor la incumpla. La fianza se otorga respecto de una obligación:

A. DE DAR, HACER O NO HACER. El campo de coberturas de la fianza de empresa es demasiado amplio, que se otorga ya sea para garantizar obligaciones cuyo objeto es el pago de una cantidad de dinero, prestación de una cosa o un hecho determinado, de hacer o abstención (Art. 2800 C.C.). Ejemplo: para garantizar el pago de rentas o de la cosa vendida; amortizar el anticipo recibido; ausentarse del lugar de juicio en el caso de libertad condicional.

B. PRESENTE O FUTURA. Es decir, que exista al momento de la celebración del contrato o que sea susceptible de llegar a existir con posterioridad. La obligación puede no llegar a existir al momento de otorgar el contrato de fianza, basta con que exista la expectativa de la obligación (Art. 2798 C.C)

C. LÍCITA O VÁLIDA. No pueden garantizarse obligaciones ilícitas o prohibidas por la ley, es decir, que no exista o no llegue a existir o afectadas de nulidad absoluta. No obstante, puede recaer en obligaciones afectadas de nulidad relativa cuya excepción sea puramente personal del obligado (Art. 2797 C.C.) P.E. contratos realizados por incapacitados y menores de edad emancipados, etc.

D. PRINCIPAL. El objeto de la fianza de empresa es garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

F. SUJETA A PLAZO O CONDICIÓN. Ya sea que el cumplimiento tenga señalado un día cierto que necesariamente habrá de llegar o su exigencia dependa de un acontecimiento futuro e incierto (Arts. 1938, 1953 y 2794 C.C.). Es lógico que si el fiador se compromete con el acreedor a pagar en defecto del deudor, si éste no lo hace, la obligación principal no puede ser exigible o vencida al momento de la celebración de la fianza porque en tal supuesto ya no se está garantizando su posible incumplimiento futuro y simplemente está agregando a un tercero para que la cumpla.

G. LÍQUIDA O ILÍQUIDA. La fianza de empresa se presta para garantizar el cumplimiento de deuda presente cuyo importe esté determinado. Pueden también ser objeto del contrato de fianza de empresa obligaciones o deudas futuras cuyo importe aún no sea conocido; en cuyo caso el beneficiario no podrá reclamar de la institución fiadora el pago hasta que la deuda sea líquida. (Art. 1826, 2189 y 2798 C.C.)

9. OBLIGACIÓN FIADORA

La obligación fiadora o sea aquélla que asume la institución fiadora de pagar en el caso que el deudor principal no lo haga, se caracteriza por lo siguiente:

A. PERSONAL. La fianza es un contrato de garantía personal. La denominación permite diferenciar la fianza de los otros contratos de garantía real como son la prenda y la hipoteca. Es una seguridad personal en cuanto que el acreedor hace añadir a su deudor otro deudor accesorio, que aumente sus posibilidades de pago. El acreedor en vez de correr el potencial riesgo de incumplimiento o insolvencia de su deudor, lo disminuye al agregar a otra persona que pueda pagar ante el eventual incumplimiento. Las garantías reales de prenda e hipoteca, por su parte, se constituyen sobre bienes muebles e inmuebles determinados, dotando al acreedor de un derecho real sobre los mismos; para el caso de incumplimiento de la obligación puede obtener el pago de su crédito del producto de su venta y perseguir la cosa en manos de quién se encuentre.

B. GARANTE DE LA DEUDA AJENA. Mediante la fianza se garantiza el pago de la deuda ajena, nunca de la propia. En el cumplimiento de las obligaciones, el deudor responde con todos sus bienes; con excepción de aquellos que conforme a la ley son inalienables o no son embargables (Art. 2964 C.C.). Por ende, el deudor no puede ser fiador de sí mismo, pero en cambio puede constituir o afectar un bien determinado para el pago (prenda o hipoteca).²⁶

C. ACCESORIA. La obligación asumida por la institución de fianzas es distinta de la obligación del deudor principal. La fianza de empresa carece de vida o autonomía jurídica propia, sino que depende necesariamente de la preexistencia o la existencia presente o futura de otra obligación. No se concibe la existencia de lo accesorio sin suponer la existencia de lo principal. El contrato de fianza de empresa siendo accesorio sigue la suerte de la obligación principal que la hace posible. De éste principio se desprenden las siguientes consecuencias:

- La inexistencia de la obligación principal origina la inexistencia de la fianza.
- La extinción de la obligación principal implica la extinción de la fianza (Art. 2842 C.C.).

²⁶ Ruiz Rueda, Luis; "El contrato de fianza de empresa en el proyecto del Código de Comercio"; Obr. Cit. Pág. 101.

- El fiador puede oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, salvo las personales del deudor (Art. 2812 C.C.).
- La cesión de la obligación o del crédito principal comprende la transferencia de los derechos accesorios, con ellos la fianza (Art. 2032 C.C.).
- La quita de la obligación principal reduce en la misma proporción la fianza y la extingue en el caso que en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones (Art. 2847 C.C.).
- La alteración substancial de la obligación principal que constituya una obligación nueva supone la extinción de la fianza, salvo que el fiador exprese su consentimiento para continuar garantizando la nueva (Arts. 2213, 2220 y 2221 C.C.).
- La transacción entre el acreedor y el deudor principal respecto de la obligación principal aprovecha pero no perjudica a la fiadora.

El principio de la accesoriadad no es absoluto. Presenta sus excepciones: la renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción, de causas de liberalidad, de la nulidad o rescisión de la obligación principal, no se transmiten ni le perjudican al fiador, quién las puede hacer valer como excepción (Art 2813 C.C.). Obvio que ésta renuncia debe ser posterior al otorgamiento de la fianza o si es anterior que no sea del conocimiento del fiador, pues si las conoce no podrá invocarlas porque se entenderá que el fiador consintió en ellas.

De igual forma, la interrupción de la prescripción de la obligación principal por el acreedor no interrumpe la prescripción de la fianza de empresa frente a la afianzadora, toda vez que el acreedor previamente deberá realizar los actos tendientes a gestar su derecho de cobro en la vía extrajudicial de reclamación y haciendo esto, en caso de que no pague la afianzadora, habrá nacido su derecho de reclamar judicialmente la fianza (Art. 93 y 120 LFIF).

D. DIRECTA. La institución de fianzas no asume la posición pasiva de un deudor adicional al lado del deudor principal, es decir, su obligación no implica la constitución de una pluralidad de deudores frente a una sola obligación denominada principal. Al carecer de los requisitos de orden y excusión, debe ser demandada directamente de pago. No es un codeudor. Es un responsable del incumplimiento del deber de pago del deudor principal. Por ende, la fianza de empresa no es una obligación solidaria, sino una obligación cuya exigencia es alternativa en caso de incumplimiento de la principal.

E. DISTINTA. La obligación que asume la institución de fianzas con el otorgamiento de la fianza es distinta de la obligación que se garantiza. El deudor principal y la compañía afianzadora tienen obligaciones diferentes: el primero, entregar una suma de dinero o un objeto, realizar una conducta de carácter positivo (hacer) o negativo (abstención) a favor del acreedor; el segundo, de responder ante el acreedor por el deudor en caso de que este incumpla con su deber. La obligación del fiador de garantizar la deuda ajena, no implica que la haga suya, sino crea una nueva y autónoma deuda, si bien, determinando su contenido en relación con la obligación principal. De este principio se derivan los siguientes efectos:

- Por ser dos obligaciones distintas, la afianzadora que paga se subroga en los derechos del acreedor en la obligación principal contra el deudor, para repetir por lo pagado en contra de éste. Se extingue la obligación fiadora por haberse satisfecho su objeto más no la principal, que continúa existiendo. Lo contrario ocurriría en el caso de que fuera solidaria.

- Por no existir identidad de obligaciones, si la principal consiste en la realización de un hacer o no hacer, entonces la obligación del fiador se reduce a pagar por equivalente una suma de dinero por el incumplimiento del deudor al acreedor. (Art. 2800 C.C.)
- Permite al fiador obligarse en menor cantidad que el deudor principal.
- La obligación del fiador puede sujetarse a modalidades de término o condición de ejercicio del derecho por el beneficiario que no contenga la obligación principal.
- La renuncia voluntaria del deudor de la prescripción de la deuda, o de otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación; no impide que el fiador haga valer esas excepciones (Art. 2813 C.C.).
- Posibilita la transacción entre la institución afianzadora y el acreedor respecto de la obligación fiadora pero no le perjudica al deudor.
- Faculta al acreedor a liberar al fiador de su obligación sin que se vea disminuida o extinguida la obligación principal.

F. RELATIVA. Atendiendo a la relación de orden cuantitativo que debe guardar la fianza de empresa con la obligación principal, la fianza puede ser igual o menor que el monto de aquella, pero no exceder. En caso de obligarse la fiadora a pagar en mayor cantidad su obligación se reduce al monto de la deuda principal. En caso de incertidumbre de si se obligó a menos o por igual cantidad que la obligación principal, se entiende que se obligó por otro tanto (Art. 2799 C.C.).

Aun careciendo de los requisitos de orden y exclusión la fianza de empresa, lo cierto es que la institución fiadora sólo estará obligada a pagar en la misma proporción en que dejó de cumplir su obligación el deudor principal, es decir por el saldo insoluto sin rebasar el límite de la responsabilidad asumida. En el mismo orden de ideas, el acreedor sólo podrá reclamar a la fiadora el saldo insoluto incumplido por el deudor, siendo éste parcial podrá no reclamar el importe total garantizado porque no es la fianza un negocio especulativo.

G. FUNGIBLE. En la institución de fianzas gravita la responsabilidad de cumplir con la obligación del deudor, si este no lo hace, no el deber de ejecutar a cargo del deudor la obligación. Pudiendo ser la obligación del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer; es indiscutible que la obligación del fiador sólo puede tener por objeto una prestación distinta de la que constituye la obligación principal. En este supuesto, el acreedor no obtendría ya la prestación sino el equivalente en valor de la prestación omitida, lo que tanto conceptual como prácticamente, es cosa muy diversa.²⁷

El objeto de un deber jurídico cualquiera sólo puede ser garantizado por su equivalente en el patrimonio del deudor, en cuanto sea susceptible de ser valuado en dinero. La institución fiadora cumple con su obligación mediante una prestación fungible, es decir, por una prestación pecuniaria que sustituye y equivale al objeto de la prestación debida por el deudor.²⁸

²⁷ Pacchioni G; citado por Ruiz Quiroz, Humberto; Obr. Cit. Pág. 103.

²⁸ En forma excepcional, la ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 121 permite a las instituciones de fianzas a substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación por sí o constituyendo fideicomiso, cuando garantizan obligaciones de hacer o de dar (siempre que no sea una suma de dinero). La disposición legal no debe interpretarse de manera imperativa, ya que debemos entender que solo podrá observar tal conducta cuando la

10. DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Perfeccionado el contrato de fianza mediante el otorgamiento de la póliza, nace la obligación esencial de la institución de fianzas de pagar al acreedor, si el deudor no lo hace. Correlativamente, surge también el derecho del acreedor de exigir a la institución de fianzas el pago al que se ha comprometido en defecto del cumplimiento del deudor.

Adicionalmente surgen otros derechos que no son esenciales del contrato de fianza. Al ser la fianza de empresa necesariamente onerosa, el fiado o solicitante está obligado a pagar la prima correspondiente. Asimismo, con independencia de las obligaciones a cargo del acreedor derivadas de la obligación principal, al ser la naturaleza jurídica de la fianza de empresa una estipulación a favor de tercero, las partes pueden imponer expresamente las modalidades que juzguen convenientes (Art.1870 C.C.), a saber: el término y la condición suspensiva. Consecuentemente, en la fianza de empresa el acreedor o beneficiario se obliga a cumplir con las modalidades establecidas para ejercitar la garantía. Si las modalidades a cargo del acreedor o beneficiario no son observadas por el acreedor, éste no puede exigir el pago de la obligación; lo que no significa que la obligación afianzadora no haya nacido; la obligación principal siempre estuvo garantizada pero no se cumplió con las modalidades para su ejercicio.

11. ESPECIES DE FIANZAS DE EMPRESA.

A. Atendiendo al origen de la obligación de prestar garantía tenemos que la fianza puede ser:

a).- Convencional: aquella cuya obligación de otorgarla deriva de la libre voluntad contractual de las partes, sin existir disposición legal o determinación judicial que la imponga.

b).- Legal: es la otorgada en cumplimiento de la ley. Existe en la ley infinidad de hipótesis en la cual se obliga a una persona a dar fiador.

c).- Judicial: es la constituida por la determinación o mandato de la autoridad judicial. El juzgador no tiene el libre arbitrio para imponer a las partes más obligaciones que las contempladas en la ley y por tanto la fianza judicial se pueda entender como una subespecie de la legal, porque si bien los ordenamientos procesales contemplan las hipótesis de cuando deben prestarse fianza, es judicial en tanto que el juez es quien determina cuando se actualizan la obligación de otorgarla, el monto a garantizar y la calificación de la solvencia de quien se compromete como fiador.

B. Considerando al objeto de la obligación garantizada, las fianzas de empresa son:

a).- De fidelidad: garantiza el detrimento patrimonial del patrón por la comisión de delitos patrimoniales o contra la propiedad (robo, fraude, abuso de confianza, peculado) realizados por los empleados. Los afianzados que pueden ser amparados en la cobertura de fianza de fidelidad son el personal administrativo, obreros, vendedores, etc.

b).- Judiciales: son las otorgadas con motivo de un procedimiento seguido ante autoridad competente del orden penal, civil, administrativo o laborales. P.E. para garantizar la libertad

naturaleza de la obligación garantizada lo permita y el acreedor este de acuerdo, pues equivale a la substitución del deudor en el cumplimiento (Art. 2051 C.C.).

provisional; los manejos como albacea; los daños y perjuicios causados con la suspensión del acto reclamado o con la ejecución del mismo; créditos fiscales, multas o impuestos; etc.

c).- De crédito: para garantizar diversas transacciones comerciales en los casos expresamente señalados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas de carácter general (D.O.F. 24 de agosto de 1990) en razón del riesgo y la gran responsabilidad que implican para la institución de fianzas. Las operaciones autorizadas son:

- El pago de operaciones de compraventa de bienes y servicios o de distribución mercantil.
- El pago total o parcial de accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- El pago derivado de contratos de arrendamiento financiero.
- El pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de crédito garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda expedidos por almacenes generales de depósito.
- El pago derivado de descuentos de títulos de crédito o contratos de factoraje financiero.
- El pago de créditos otorgados por institución financiera para la exportación e importación de bienes y servicios.

d).- Generales: todas aquellas obligaciones principales que por exclusión quedan fuera de los tipos anteriormente mencionados: P.E. para garantizar la debida amortización de anticipos o su devolución total o parcial, concurso, buena calidad, penas por incumplimiento de contratos, pago de rentas de inmuebles, renta de maquinaria, importación temporal de vehículos, devolución del IVA, sorteos, rifas, transporte de carga, etc.

12. GARANTÍAS DE RECUPERACIÓN.

La finalidad de las empresas afianzadoras es obtener una ganancia derivada de la organización de los factores de producción. Al no obrar con fines altruistas o con ánimo de generosidad sus fianzas necesariamente deben ser onerosas. Una proporción de sus primas son destinadas a reservas de contingencia de fianzas en vigor para poder en su caso solventar las responsabilidades asumidas. La afianzadora que paga su obligación se subroga en los derechos del acreedor y en consecuencia dispone frente al fiado del derecho de repetir por lo pagado. La fiadora posee como garantía general para el pago de la deuda la universalidad de los bienes del deudor con excepción de los que sean inalienables o no embargables.

Puede suceder que el deudor quede en estado de insolvencia y la afianzadora se vea imposibilitada de recuperar su crédito por no haber tomado oportunamente las previsiones necesarias para repetir por lo pagado; causándole un detrimento patrimonial. Para evitar éste posible escenario, la ley exige que las instituciones de fianzas recaben del fiado o el solicitante de la fianza garantías de recuperación a fin de procurar su sano desarrollo y estabilidad financiera.

Las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en cualquier momento las garantías

con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades asumidas mediante el otorgamiento de fianzas. En caso contrario, la Comisión podrá ordenar la inscripción contable de la responsabilidad como pasivo (Art.20 LFIF). Las fianzas de fidelidad y las que otorguen ante las autoridades judiciales del orden penal podrán expedirse sin garantía suficiente ni comprobable con la salvedad de las que garanticen la reparación del daño y las que se otorguen a los acusados para que obtengan la libertad provisional o a los procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio (Art.22 LFIF). No se requiere que las instituciones de fianzas recaben las garantías de recuperación cuando consideren bajo su estricta responsabilidad que el fiado o sus obligados solidarios son ampliamente solventes y tengan suficiente capacidad de pago; pero deberán recabar la documentación que así lo demuestre, cuya antigüedad no será mayor de un año, en relación a la fecha de emisión de la obligación garantizada debiendo actualizarse anualmente hasta en tanto continúe vigente la obligación garantizada (Art.24 LFIF).

Las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener son:

A. PRENDA. El derecho real preferente podrá constituirse sobre los bienes muebles enajenables siguientes: a).- dinero en efectivo; b).- depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito; c).- valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o instituciones de crédito; d).- valores aprobados por la Comisión Nacional Bancaria como objeto de inversión; y e).- otros bienes valuados por instituciones de crédito.

B. HIPOTECA. El derecho real constituido a favor de la institución de fianzas para garantizar el reembolso de las obligaciones pagadas con la fianza de empresa, en el grado de preferencia establecido por la ley, sólo se permite sobre bienes inmuebles valuados por institución de crédito o sobre la unidad completa de empresa industrial con todos sus elementos materiales, muebles, o inmuebles afectados en explotación, considerados en su conjunto, incluyendo los derechos de crédito a favor de la empresa.

Las instituciones de fianzas en su condición de acreedoras hipotecarias podrán oponerse a las alteraciones o modificaciones a los inmuebles durante la vigencia de la garantía, salvo que sean necesarias. Tratándose de inmuebles el importe de las fianzas no serán superiores al 80% de su valor y la establecida sobre empresas industriales podrá serlo en segundo lugar si sus rendimientos netos alcanzan a garantizar suficientemente.

C. FIDEICOMISO. Excepcionalmente a la regla general establecida en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las instituciones de fianzas pueden actuar como fiduciarias en los fideicomisos traslativos de dominio sobre los bienes fideicomitidos que tengan como finalidad servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas; fungiendo además como fideicomisarias (Art.16 F. XV LFIF). Al momento de la constitución de la garantía las partes pueden establecer el procedimiento para la realización de los bienes o derechos fideicomitidos para el caso de que la afianzadora deba pagar la fianza o hecho el pago proceda en vía de regreso a la recuperación de lo que tenga derecho, debidamente comprobado. Sólo se afectarán en fideicomiso los bienes o derechos presentes no sujetos a condición (Art.29 LFIF).

D. OBLIGACIÓN SOLIDARIA Y CONTRAFIANZA. El fiado no puede ser fiador de sí mismo ni mucho menos ser obligado solidario de su propia obligación por requerir esta de pluralidad de deudores. Puede entonces el fiado asegurar de pago a su fiador mediante la intervención de otro sujeto que constituya frente a éste fianza u obligación solidaria, a efecto de obligarse con todos sus bienes a cubrir en su totalidad la obligación debida. Su diferencia es evidente. Tratándose de la contrafianza, si se hubiere otorgado sin renuncia de los beneficios de orden y excusión, la institución fiadora ahora en su carácter de acreedor debe demandar primeramente

demandar al deudor principal y hacer excusión total de sus bienes, para después demandar al contrafiador. En la obligación solidaria, puede la afianzadora demandar indistintamente de cualquiera de ellos la totalidad de la deuda.

E. AFECTACIÓN EN GARANTÍA. Consiste en la anotación preventiva en el Registro Público de la Propiedad sobre los bienes inmuebles propiedad del fiado, obligado solidario o contrafiador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las instituciones de fianzas. El documento donde conste la afectación en garantía ratificado por el propietario del inmueble ante el juez, notario, corredor público o funcionarios de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, debe asentarse en el Registro Público de la Propiedad. La inscripción de la afectación surte efectos contra terceros a partir de su asiento en el Registro. Las instituciones de fianzas deberán entregar a los interesados las constancias necesarias para la tildación de la afectación marginal una vez que sean canceladas siempre que no existan adeudos por primas u otros conceptos y serán responsables las afianzadoras de los daños y perjuicios que ocasione la falta o el retraso en la entrega de la constancia citada (Art.31 LFIF).

13. DIVERSIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN FIADORA.

A las instituciones de fianzas les está prohibido asumir responsabilidades en exceso del límite máximo de retención de acumulación de responsabilidades (Art. 17 LFIF). En resumidas cuentas, las afianzadoras se encuentran impedidas para otorgar fianzas que rebasen en su conjunto el límite máximo de operación, ya que de lo contrario, peligraría su estabilidad financiera y la calificación de reconocida solvencia que detentan sería letra muerta. Cuando la obligación que pretende garantizar exceda del límite fijado administrativamente por la autoridad, deberá distribuir entre otras instituciones el excedente y podrá elegir entre reafianzar u ofrecer el coafianzamiento respectivo (Arts. 32 y 33 LFIF).

A. REAFIANZAMIENTO. Este contrato mercantil de operación distinta a la civil se encuentra regulado en los artículos 114 y 115 de la mencionada Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Es el contrato en virtud del cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultada legalmente o reafianzadoras extranjeras registradas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se obliga a pagar a la institución de fianzas reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de la fianza. El pago de la prima que tendrán derecho a cobrar las reafianzadoras por concepto del reafianzamiento es proporcional a la cantidad que haya sido cedida.

En el reafianzamiento no existe relación jurídica alguna entre el beneficiario o tomador de la fianza de empresa y las reafianzadoras. Éstas sólo se encuentran obligadas frente a la institución fiadora, reafianzada, que es la que cede su responsabilidad. Cada una de las instituciones reafianzadoras participantes es responsable ante la fiadora cedente por una cantidad proporcional a la cantidad que haya asumido y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva. La institución que reafianza se obliga a proveer oportunamente de fondos a la reafianzada, con objeto de que esta cumpla sus obligaciones como fiadora y será responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione su incumplimiento. La reafianzadora tendrá derecho al reembolso de las cantidades cubiertas a la reafianzada, en la misma medida en que ésta obtenga la recuperación de lo pagado al beneficiario de la fianza, por parte de su fiado y demás obligados.

La fiadora directa o cedente esta obligada a obtener el consentimiento previo de sus reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su vigencia y cualquier otra

característica así como lo relacionado con la reclamación de las pólizas y las negociaciones que al efecto lleven a cabo con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores. Asimismo, deberá informar oportunamente a las reafianzadoras acerca de cualquier circunstancia que conozca en relación con la obligación garantizada y las garantías de recuperación ofrecidas.

B. COAFIANZAMIENTO. En el coafianzamiento participan dos o más instituciones de fianzas, que responden por el mismo fiado, a diferencia del reafianzamiento, que responden de institución a institución. El artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nos dice que existe coafianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un mismo beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto (obligación principal) a un mismo fiado.

La responsabilidad asumida por las coafianzadoras es directa e individual, no solidaria. Consecuentemente el beneficiario deberá exigir la responsabilidad garantizada a cada una de las instituciones coafianzadoras en la proporción de sus respectivos montos. ¿Qué debemos entender en la expresión "en la proporción de su monto"? Para ello basta un simple ejemplo: Las afianzadoras "X" y "Z" otorgan fianza cada una por \$50.00 a favor de "A" para garantizar por "B" el pago de la compra de materiales a crédito por \$100.00. Incumplida totalmente la obligación de "B", "A" requerirá a las afianzadoras "X" y "Z" para que cada una cumpla por su responsabilidad de \$50 y den por resultado la suma adeudada por \$100.00. ¿pero qué sucede si el fiado "B" incumple su obligación principal en 50% y por tanto sólo adeude \$50.00? ¿Puede A requerir indistintamente a cualquiera de las afianzadoras a pagar la suma garantizada \$50.00? No. Porque "X" y "Z" se obligaron hasta la suma de \$50.00 en una proporción de 50% en la obligación principal. Por tanto "A" sólo podrá reclamar el pago de \$25.00 a cada una de las afianzadoras "X" y "Z" equivalente al 50% proporcional sobre el monto incumplido.

Consecuentemente, las disposiciones contenidas en los artículos 2837 al 2841 del Código Civil aplicable supletoriamente en lo no dispuesto por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (Art. 2830 C.C.) dejan de cobrar importancia, por regular al coafianzamiento como una obligación solidaria (la reclamación de la totalidad de la deuda a uno de los fiadores, la división de la deuda, etc.).

14. EFECTOS DE LA FIANZA DE EMPRESA.

A. ENTRE LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS Y EL ACREEDOR. La obligación esencial del contrato de fianza es que el fiador cumpla por el deudor si éste no lo hace (Art. 2794 C.C.) La obligación del fiador es exigible sólo en defecto del cumplimiento del deudor. Lo normal es que el fiador sea compelido al cumplimiento de su obligación, de pagar la deuda ajena, una vez que el acreedor haya demandado judicialmente de pago al deudor y realice la excusión de sus bienes para satisfacer su crédito (Art. 2814 C.C.) Estos beneficios de los que goza el fiador frente al acreedor pueden validamente renunciarse por pacto expreso de su titular (Arts. 2816 F. I y 2822 C.C.). La Ley Federal de Instituciones de Fianzas que contiene diversos dispositivos de orden sustantivo relativos al contrato de fianza que otorgan éstas, prescribe en el artículo 118 que "...las instituciones de fianzas no gozan de los requisitos de orden y de excusión..." Es claro que si la fianza de empresa se otorga en contravención al imperativo legal señalado, la estipulación no producirá efectos jurídicos en tanto que la institución de fianza no podrá invocar derechos o beneficios que no goza.

Si las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y de excusión ¿Cuáles son los efectos del contrato entre la afianzadora y el acreedor? Una vez incumplida la obligación principal por el deudor, el acreedor debe reclamar extrajudicialmente de pago a la afianzadora dentro del plazo estipulado en la póliza o dentro de los 180 días siguientes a la expiración de la vigencia o a partir de que la obligación garantizada se vuelva exigible, respectivamente, en los casos que la compañía se hubiera obligado por tiempo determinado o indeterminado (Art. 117 LFIF); de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 93, 93 Bis, 94, 94 Bis y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, según se hayan expedido las fianza para garantizar obligaciones a favor de particulares, la Federación, Estados o Municipios.

De igual forma, si no es compatible el beneficio de excusión en los bienes del deudor con la fianza de empresa, es obvio que la institución de fianzas deberá asumir directamente el pago de la obligación garantizada, cuando proceda.

¿Qué derechos tiene la afianzadora ante la reclamación presentada por el acreedor con motivo de sus pólizas? Si se reclama extrajudicialmente a la fiadora, ésta la pondrá en conocimiento del fiado o en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, para que antes que venza el plazo legal, el pactado en la póliza de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios, a efecto de que les proporcionen oportunamente todos los elementos y documentos que sean necesarios para determinar la procedencia y la cuantificación de la reclamación o bien, en su caso, su improcedencia; incluyendo los documentos o datos relativos a las excepciones de la obligación principal garantizada que la afianzadora puede oponer al beneficiario de la póliza.

Cuando se considere que es total o parcialmente procedente la reclamación, el deudor, solicitante, obligados solidarios o fiados tienen la obligación de proveer a la institución de fianzas de las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.

Cuando no se aporten los elementos, documentación o las cantidades aludidas, la afianzadora podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario, quedando obligados el fiado, solicitante, el obligado solidario o el contrafiador a rembolsar a la institución de fianzas lo que les corresponda, sin poder oponer a la institución las excepciones que el fiado tenía contra el acreedor así como el pago de lo indebido.

En los términos indicados, siendo de efectos autocompositivos la determinación de la procedencia de la reclamación por parte de la afianzadora, por carecer de alcances de cosa juzgada, el fiado no pierde sus derechos, acciones y excepciones frente al acreedor para demandar la improcedencia del pago efectuado por la afianzadora así como de los daños y perjuicios que con el pago se hubieran causado. Si el pago a la afianzadora lo hubiera hecho el obligado solidario o contrafiador, solo podrán repetir por lo pagado en contra del fiado y éste por vía de subrogación al acreedor que injustamente hizo efectiva la póliza (Arts. 118 Bis. P.1, 2, 3, 4).

Para el caso de que la reclamación en contra de la institución de fianzas se tramite jurisdiccionalmente (con la intervención y decisión de un tercero imparcial), en procedimientos convencionales o arbitrales ante tribunales o particulares, juicios especiales ante los tribunales competentes, e incluso procedimientos conciliatorios ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; las afianzadoras podrán denunciar el pleito al deudor principal (curiosamente no se menciona al solicitante, obligado solidario o contrafiador) para que rinda las pruebas que crea conveniente y le pare perjuicio la sentencia que en su caso se pronuncie en contra de la institución (Art.118 P. 5).

Demandado el fiador tiene el derecho de oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor (Art. 2812 C.C.). No impide que el fiador haga valer las excepciones de la prescripción de la deuda, de otras causas de liberación, de nulidad o rescisión de la obligación principal aun cuando el deudor las hubiere renunciado voluntariamente (Art. 2813 C.C.). En el supuesto de la transacción celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha pero no perjudica, al deudor principal. La celebrada entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica (Art. 2826 C.C.).

Por último, sabemos que cuando un beneficiario obtiene dos o más fianzas de empresa con distintas instituciones para garantizar por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado; la reclamación de pago deberá hacerse a todas las instituciones en la proporción de sus respectivos montos por no existir solidaridad pasiva (Art. 116 LFIF). Por ende, los artículos 2837 al 2841 del Código Civil no pueden aplicarse a la especie por regular las relaciones entre fiadores como una obligación solidaria.

B. ENTRE LOS CONTRATANTES. El capítulo III intitulado “De los efectos de la fianza entre fiador y el deudor” del título Décimo Tercero, segunda parte del libro segundo del Código Civil, regula las consecuencias de derecho que ocasiona el contrato de fianza entre éstos dos sujetos, con motivo de la exigibilidad de la obligación garantizada. En contraste, la multimencionada Ley Federal de Instituciones de Fianzas amplía los efectos a los otros sujetos que también pueden tener intervención en la celebración de fianza de empresa: el solicitante, el contrafiador y el obligado solidario; que si bien no son por quienes se obliga la fiadora, si se encuentran vinculados a ella en virtud de los contratos de contragarantía.

Antes de que el fiador realice el pago al acreedor, las relaciones entre el aquel y el deudor son excepcionales. El artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas prescribe que las instituciones de fianzas antes de haber pagado tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tengan o puedan tener responsabilidad por motivo de la fianza en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de la fianza otorgada;
- b) Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible, aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior;
- c) Cuando cualquiera de los obligados sufra el menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- d) Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o domicilio;
- e) Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación;
- f) En los demás casos previstos en la legislación mercantil.”

Incluso antes de pagar, la institución de fianzas demostrando alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 97, tendrá acción contra el solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario para obtener el secuestro precautorio de sus bienes, debiendo entablar la demanda formal en la forma y términos establecidos en el Código de Comercio (Art. 98 LFIF).

El pago efectuado por la institución de fianzas al acreedor en virtud de la fianza, subroga a la primera por ministerio de ley en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor de éste se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada. La afianzadora podrá liberarse de su obligación si por causas imputables al beneficiario de la póliza, es impedida o resulta imposible la subrogación (Art. 122 L.FIF). En vía de reembolso ¿Qué podrá cobrar la institución afianzadora? La Ley Federal de Instituciones de Fianzas no proporciona, como lo hace la legislación civil, un criterio de diferenciación entre lo que debe pagar el fiado si la fianza se otorgó con su consentimiento, desconocimiento o su rechazo. Del contenido de diversos artículos de la multicitada ley se infiere que el solicitante, el fiado, el obligado solidario y contrafiador deberán de pagar a la empresa afianzadora, lo siguiente:

- a).- El reembolso de lo pagado con motivo de la procedencia total o parcial de la reclamación de la obligación principal garantizada (Art. 96).
- b).- Las primas vencidas no pagadas y sus accesorios (Art. 96).
- c).- El reembolso de los intereses legales que se hubieren cubierto al beneficiario, de acuerdo a la tasa establecida en el artículo 95 Bis.

Considero que adicionalmente se puede pedir el pago de los conceptos establecidos en las fracciones III y IV del artículo 2829 del Código Civil consistentes en los gastos que el fiador haya efectuado desde que dio aviso al deudor de haber sido requerido de pago (gastos y costas judiciales) así como los daños y perjuicios sufridos por su causa, por no ser incompatibles con los arriba señalados.

¿Qué acciones tiene la institución de fianzas para recuperar lo pagado? Básicamente las siguientes:

- a).- Ejecutiva mercantil. El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y la certificación de la persona o personas facultadas por el consejo de administración de la institución fiadora, lleva aparejada ejecución y hará fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario, para el cobro de la cantidad correspondiente así como de las primas vencidas no pagadas y sus accesorios (Art. 96 LFIF). La institución de fianzas podrá trabar embargo sobre sus bienes e incluso reembargar los bienes embargados precautoriamente, conservando el grado y prelación que éstos tenían respecto a los demás acreedores; retro trayéndose en consecuencia los efectos del embargo definitivo a la fecha del embargo precautorio (Art. 99 LFIF).

Los inmuebles afectados en garantía podrán ser embargados por las instituciones de fianzas con retroacción de los efectos a la fecha del asiento en el Registro Público de la Propiedad. El crédito se pagará con preferencia a acreedores posteriores (Arts. 31 y 100 LFIF). De igual forma, la ley menciona que tratándose de inmuebles afectados en hipoteca o fideicomiso a favor de la institución de fianzas, ésta podrá elegir las acciones especiales respectivas o la ejecutiva mercantil, para el cobro de lo pagado.

Cabe decir que si durante la substanciación del procedimiento de embargo precautorio sin haber sido decretada o ejecutada la medida provisional, las instituciones de fianzas son condenadas en juicio al pago de la reclamación con cargo a la póliza, podrán solicitar que el acto prejudicial se conmute en procedimiento ejecutivo. Para el efecto señalado, la afianzadora deberá de informar al juez sobre el pago efectuado y demandará el reembolso de lo pagado y sus accesorios al fiado y a los obligados solidarios que hayan sido demandados y embargados en su caso, acompañando las copias de traslado, así como la certificación de adeudo aludido en el párrafo anterior y solicitará que los embargos precautorios practicados adquieran el carácter

de definitivos, por el monto pagado y sus accesorios. Posteriormente se tramitará el juicio ejecutivo en los términos del Código de Comercio (Art. 98 P. 2, 3, 4, 5 LFIF).²⁹

b).- Convencional. Las instituciones de fianzas podrán convenir con el solicitante, fiado u obligado solidario, los procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros para resolver controversias así como para hacer efectivas las garantías de recuperación. Los procedimientos convencionales se pactarán en los contratos solicitud de fianza o en documentos por separado ratificados ante Notario Público, corredor o funcionarios de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en cualquier estado de juicio o durante el procedimiento ante la citada Comisión. Los tribunales se ajustarán al citado procedimiento convencional y a petición de las partes podrán dar por terminado el juicio o procedimiento arbitral. El citado procedimiento puede celebrarse por separado con el fiado o con cualquiera de los obligados solidarios o fiadores sin que produzca efectos para todos. Con salvedad de las reglas contenidas en el artículo 103 Bis de la ley especial, el procedimiento se debe seguir conforme al Libro Quinto del Código de Comercio.

c).- Especial. Las contragarantías consistentes en prenda, hipoteca o fideicomiso podrán ser realizadas por la institución de fianzas a través de los procedimientos especiales establecidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en los artículos 123, 124 Fracción III, 125.

d).- Hipotecaria. Recayendo la garantía real sobre inmuebles, además de la acción ejecutiva mercantil que el fiador puede optar en seguir (Art. 124 F.I) se encuentra la vía especial hipotecaria establecido en algunos códigos procesales en materia civil de los estados. Recordemos que la hipoteca sobre inmuebles no es considerada como acto de comercio (Art. 2 LFIF).

e).- Ordinaria. La afianzadora careciendo de garantías personales o reales específicas para recuperar lo pagado al acreedor, por razón de la subrogación por ministerio de ley en la obligación principal (Art. 122 LFIF) tiene acción directa en contra deudor principal como titular del derecho, en substitución del acreedor principal en la titularidad de las garantías que en su caso tuviera el crédito (Art. 2058 C.C.). Asimismo podrá intentar la correspondiente vía en contra del contrafiador o exigir el pago de la totalidad del crédito del obligado solidario.

Mencioné en el apartado anterior que cuando el acreedor requiere jurisdiccionalmente de pago a la fiadora, ésta tiene el derecho de llamar a juicio al fiado para que rinda los medios de prueba y le pare perjuicio la resolución. ¿Qué sucede si la afianzadora no ejerce su derecho? ¿Podrá cobrar de los sujetos señalados lo pagado al acreedor? El Código Civil supletorio a la ley se encarga de remediar éste problema: "Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago" (Art. 2832); "Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador paga de nuevo, no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor" (Art. 2833); "Si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas el fiador, teniendo conocimiento de ellas" (Art. 2834), "Si la deuda fuera a plazo o bajo condición, y el fiador la pagare antes de aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible" (Art. 2835).

²⁹ Nótese que en la mutación del juicio precautorio en ejecutivo mercantil, no existe congruencia, ya que por una parte dice que el primero se realizará en contra del solicitante, fiador, contrafiador u obligado solidario y en el segundo que el reembolso sólo procede en contra del fiado y obligados solidarios.

CAPÍTULO III. EXTINCIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA.

1. FORMAS DE EXTINCIÓN.

La obligación fiadora como cualquier otra obligación es susceptible de extinguirse. Siendo un contrato accesorio sufre la incidencia de las mismas causas que afectan a la obligación principal garantizada. La extinción de la obligación principal provoca la extinción de la fianza de empresa por vía de consecuencia. En este caso la compañía afianzadora demandada de pago podrá oponer al acreedor todas las excepciones emanadas de la obligación principal (Arts. 94 F. VII y 118 Bis. P. II y III LFIF), siempre que no se refieran a aquéllas estrictamente personales del deudor (Art. 2812 C.C.). Interpuesta la reclamación de pago de la póliza de fianza, la ley faculta a la institución afianzadora a denunciar el juicio al deudor principal como tercero, aun antes de todo pago, para que ofrezca las excepciones y pruebas que crea convenientes y le produzca perjuicio la sentencia que en su oportunidad procesal se dicte (Art. 118 Bis LFIF). Claro, en este supuesto el fiado podrá oponer, además de las excepciones inherentes a la obligación principal, las personales que tuviera contra el acreedor (Art. 118 Bis P. 5 LFIF). La finalidad de traer a la causa al fiado es darle la oportunidad de cesar o impedir el daño que puede sobrevenir a la institución de fianzas cuando existan excepciones que ésta no conozca o de las que aun conociendo no pueda oponer por carecer de la legitimación procesal pasiva. De indudable importancia resultan las excepciones inherentes a la obligación principal para la extinción de la responsabilidad de la afianzadora, que ésta podrá oponer aun en el supuesto de que el deudor renuncie voluntariamente a la prescripción de la deuda, o de otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación garantizada (Art. 2813 C.C.).

Por su parte, el artículo 2832 del Código Civil en Materia Federal supletorio a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que la obligación del fiador se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones, remitiéndonos necesariamente a la fuente contractual de la fianza de empresa, la estipulación a favor de tercero, que permite al promitente (fiador) oponer al tercero (beneficiario) las excepciones derivadas del contrato (Art. 1871 C.C.). En la fianza de empresa tiene cierto sentido la regla mencionada por tratarse de una obligación distinta a la garantizada. Frente a este supuesto decimos que la fianza se extingue por vía principal o directa. Las excepciones a que se refiere el dispositivo legal citado, denominadas excepciones en sentido material o sustantivas, son el derecho que tiene el demandado de impedir o desvirtuar, mediante su oposición, el ejercicio de un derecho que se dirige en su contra.³⁰ Las excepciones materiales o sustantivas tienen como materia a los derechos y obligaciones del contrato accesorio (relación jurídica subyacente) tales como la excepción de pago, nulidad, compensación, novación, prescripción, etc. Por ende, las excepciones emanadas del contrato accesorio enervan o destruyen la acción del acreedor contra la afianzadora de una manera efectiva (perentoria), no transitoria (dilatatoria), por fundarse en la extinción misma de la obligación fiadora por vía principal.

Por último, independientemente de las causas generales del derecho que producen la extinción de la obligación principal o accesorio, en la legislación existen diversos eventos específicamente regulados que liberan de responsabilidad a la fiadora, que recaen indistintamente en la obligación garantizada (vía de consecuencia) o en la accesorio (vía directa), que serán objeto medular -que no exclusivo- del presente capítulo. Además se incluye un apartado que he

³⁰ Por el contrario, las excepciones procesales se refieren únicamente a irregularidades o vicios del procedimiento, principalmente a presupuestos procesales y no a concernientes a cuestiones de fondo o sea a los derechos litigiosos.

denominado de situaciones especiales relativo a diversos eventos, que si bien no se encuentran específicamente determinados en la ley como causas de extinción, en la práctica pueden llegar a oponerse.

2. CAUSAS ESPECÍFICAS DE EXTINCIÓN.

2.1. CADUCIDAD.

La fianza de empresa se extingue por caducidad cuando el beneficiario omite o se abstiene de reclamar de pago en forma directa a la afianzadora, en los términos legales o convencionales, ante el incumplimiento del deudor. La caducidad es la pérdida del derecho del beneficiario por no haber observado la conducta jurídica impuesta por la ley como necesaria para preservarlo. El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que la afianzadora quedará liberada de su obligación como fiadora en los supuestos siguientes:

a).- Si se hubiere obligado la institución de fianzas por tiempo determinado, cuando el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza en el plazo estipulado en la póliza o en su defecto dentro del plazo de 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza; o,

b).- Si se hubiere obligado la afianzadora por tiempo indeterminado, cuando el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación principal garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

La reclamación a la fiadora además de presentarse en el plazo legal correspondiente, debe acompañarse con la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación principal garantizada por la fianza (Art. 93 F.I. LFIF)

La reclamación directa a la fiadora es propiamente una interpelación extrajudicial de pago. La *ratio iuris* de la caducidad está inspirada en el propósito de garantizar la ejecución de cierta conducta dentro de un lapso determinado, esto es, la ley quiere limitar su verificación a dicho periodo temporal. La caducidad extingue el derecho del acreedor. El motivo de orden público de imponer la realización del requerimiento de pago a la fiadora en determinado plazo, es hacer patente la voluntad del acreedor de obtener de ella el pago de su crédito. De lo contrario quedará irremediabilmente extinto el derecho. La demanda judicial interpuesta en contra del deudor principal de ninguna forma interrumpe la caducidad por ser el término fatal.

Una vez realizada en tiempo la conducta impuesta por la ley, el acreedor que no haya visto satisfecho su crédito por la fiadora podrá reclamar la póliza en las acciones legales establecidas, quedando ahora la obligación fiadora sujeta a prescripción (Art. 120 LFIF). En este sentido, el acreedor titular del derecho debe ejercitar el derecho mismo ante la fiadora en el término legal para evitar que sobrevenga la caducidad, como condición necesaria para preservarlo; y no como erróneamente señala la ley para que éste nazca, al disponer "...habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza...".

Si el beneficiario es la Federación, ya se trate la obligación principal garantizada de un crédito fiscal o no, el término en que una institución de fianzas es liberada de su obligación como

fiadora por caducidad es el establecido por el Código Fiscal de la Federación de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la ley remita al Código Fiscal de la Federación.

Si la afianzadora ha hecho el pago al acreedor estando extinta la obligación fiadora por caducidad ¿Podrá repetir en vía de regreso contra el fiado? Si con motivo de la caducidad la afianzadora se libera de la obligación de pagar por extinguirse el derecho del acreedor, naturalmente que el pago lo ha efectuado sin estar obligado a ello, lo que debe considerarse un pago de lo indebido. El fiado podrá oponerse a la ejecución y en todo caso la afianzadora deberá repetir contra el acreedor. Es razonable que si la obligación del fiador se extingue por caducidad, la misma suerte deben correr las contragarantías constituidas a favor de la afianzadora, salvo si existen primas vencidas y accesorios pendientes de pagar. Por ello, el fiador no podrá compeler al fiado a pagar haciendo efectivas las contragarantías. Considero que si la obligación fiadora había fenecido por caducidad, el pago realizado por la afianzadora carece del interés jurídico para subrogarse en los derechos del acreedor y repetir en contra del fiado. En todo caso podría tratarse de un pago realizado por tercero, ya no en su posición como fiadora, que solo le daría derecho de cobrar al deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago (Art. 2071 C.C.).

2.2. PRESCRIPCIÓN.

La institución de fianzas se libera de su obligación por prescripción cuando el acreedor se ha abstenido de reclamar su derecho durante el término determinado por la ley. El plazo de prescripción de la obligación fiadora es distinto de la obligación principal. Dice el artículo 120 de la multimencionada ley que requerida oportunamente de pago la institución de fianzas en forma extrajudicial, el derecho del acreedor para reclamarla judicialmente quedará sujeto a prescripción, que operará cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor. La prescripción se interrumpe por cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas, o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, salvo que resulte improcedente.

Si la prescripción es un medio de liberarse de obligaciones por el transcurso del tiempo ¿Qué acontece cuando la afianzadora paga al acreedor estando prescrita su obligación? Si bien suele identificarse a la prescripción como forma extintiva de obligaciones, lo cierto es que no tiene como efecto eliminarla sino transformarla en obligación natural, extinguiendo únicamente la facultad de ejercer coacción legítima sobre el deudor. Si el lapso temporal termina y las partes permanecen inactivas, la obligación perfectamente válida se transforma en una obligación natural, es decir, en un deber que no puede ser exigido coactivamente. Pero el pago que en forma graciosa o voluntaria realiza el fiador, después de ese lapso, solo adquiere la naturaleza jurídica de cumplimiento de una obligación natural. Se puntualiza la obligación fiadora se transformó en obligación natural, no la principal. Por esta razón el pago que realiza la afianzadora en esas condiciones adquiere la característica de ser cumplimiento espontáneo de un deber, de una obligación natural, que no permite reclamar al beneficiario lo enterado porque efectivamente lo pagado se debía. En este sentido la obligación natural es el sustento de un pago válido que tiene sustento jurídico (Art. 1894 C.C), no puede refutarse un pago de lo indebido cuando no se sustenta en un error (fortuito o provocado) en que no se haya producido el hecho que dio nacimiento a la obligación, y tampoco ocasiona un enriquecimiento ilegítimo ya que lo enterado se debía, aun cuando no era factible ya exigirlo en forma coactiva ante tribunales.

Si en virtud del pago de la obligación natural, opera la subrogación de la obligación principal a favor del fiador ¿Podrá el fiador repetir en contra del fiado? Si los efectos de la subrogación son transmitir el crédito del acreedor original al tercero *solvens*, quien toma el sitio del acreedor en la relación jurídica principal que no se modifica, con todos los derechos, preferencias y garantías que estuviere provisto; si la obligación principal -que es distinta de la obligación fiadora- no ha prescrito, la afianzadora podrá en vía de regreso cobrar al fiado. En cambio, si está prescrita la obligación principal al tiempo en que se verificó el pago por la afianzadora, nos encontramos con otra obligación natural a la que el fiado podrá rehusar cumplir.

2.3. PRÓRROGA O ESPERA.

El artículo 119 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza. El dispositivo contempla dos hipótesis: la prórroga y la espera. La prórroga es la prolongación del plazo antes de que fenezca, mientras que la espera es la concesión del plazo *a posteriori* para cumplir una obligación vencida.

En ambas se requiere la prueba expresa de la voluntad del acreedor de conceder prórroga o espera para que la excepción transcienda. En ninguno de las dos situaciones se puede afirmar que la prórroga o espera se presuma por el hecho una conducta omisa del acreedor en exigir de pago al deudor, máxime que aquel puede exigirlo en cualquier momento o constituir en mora al deudor siempre que no se haya consumado el término para la caducidad o la prescripción.

Nótese la rigidez de la ley de liberar a la afianzadora de su obligación cuando sin su consentimiento el acreedor concede al deudor prórroga o espera. Si el espíritu del legislador fue evitar perjuicios al fiador en los casos en que la prolongación del término al deudor principal para cumplir con su obligación tropezara con los efectos de la posterior insolvencia del deudor, es evidente la injusticia que se puede ocasionar al acreedor cuando la concesión del plazo adicional al deudor mejora la condición del fiador, supuesto que su obligación no corre el peligro de hacerse exigible.

Estimo que en las pólizas que garantizan en forma global las operaciones de crédito que se lleven a cabo en un cierto periodo o las de tracto sucesivo como es el pago de las rentas, la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor para el pago de alguna operación o renta parcial, sólo libera a la afianzadora respecto de éstas y no en las que no se haya establecido. De igual forma, considero que en las fianzas que garanticen operaciones a crédito en que se imponga al acreedor como modalidad de su derecho el realizar gestiones de cobranza ante el fiado desde el día del vencimiento de la obligación hasta antes de que presente reclamación de la fianza, la espera que el beneficiario llegue a autorizar al fiado dentro de este periodo no debe perjudicar a la afianzadora y no podrá alegar la extinción de la fianza, amen que la espera en este caso se entiende implícita en las gestiones de cobranza.

2.4. SUBROGACIÓN IMPOSIBLE.

Cuando la institución de fianzas paga al acreedor en virtud de póliza de fianza, se subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada (Art. 122 LFIF). La subrogación supone la transmisión del crédito principal y la substitución del acreedor principal por un tercero interesado que paga la deuda. La subrogación por pago no extingue la obligación principal, la transmite al tercero *solvens* que pasa a ocupar la posición de acreedor en una relación jurídica principal que no se modifica.

En la fianza de empresa, la ley permite a la institución liberarse de su obligación de pago en forma total o parcial cuando, por causas imputables al acreedor, es impedido o le resulta imposible la subrogación. ¿En qué? En los derechos, acciones o privilegios de la relación jurídica principal que garantiza (Art. 122 LFIF). Es semejante al artículo 2845 del Código Civil para el Distrito Federal supletorio de la ley que establece que “los fiadores quedarán libres de su obligación si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas”. Resulta razonable que si el principal efecto del pago realizado por la afianzadora con cargo a la póliza de fianza es la subrogación en la obligación principal, la pérdida de los derechos, las acciones procesales o las garantías por causa imputable al acreedor, dificultará a la institución de fianzas cobrar al deudor, una vez ocupada la posición jurídica de aquél.

Pero, existiendo sentencia condenatoria en contra de la institución de fianzas ¿podrá liberarse del pago argumentando la imposibilidad en la subrogación porque ya había prescrito la acción principal garantizada? Recordemos que la prescripción de la obligación principal es distinta a la accesoria. Podría decirse inicialmente que no, porque como dice la ley de la materia que las “afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión, y sus fianzas no se extinguirán, aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor” (Art. 118 LFIF). Pero, es notorio que el artículo transcrito se contrapone al diverso 122. Por tal razón considero necesario conciliar el contenido de ambos.

Las instituciones de fianzas en sus obligaciones no gozan de los beneficios de orden y excusión. Por ello, el beneficiario puede ver satisfecho su crédito requiriendo directamente de pago a la afianzadora, lo que no sucede con las fianzas comunes -salvo que sean renunciados los beneficios- en que el acreedor debe previamente demandar judicialmente al deudor principal y satisfacer sus pretensiones agotando en lo posible los bienes de su patrimonio, ante la urgencia de que el deudor no empeore su situación económica o agrave su insolvencia. Esto explica por qué las fianzas civiles se extinguen por un plazo de caducidad más breve (un mes a partir del incumplimiento o se vuelva exigible) cuando deja de ejercitarse el derecho contra el obligado principal o bien por preclusión (tres meses) por inactividad judicial del actor dentro del mismo juicio (Arts. 2848 y 2849 C.C.). En mi concepto, no es afortunada la redacción del artículo 118 de la ley especial en comento, porque procurando evitar la aplicación de los artículos 2848 y 2849 del Código Civil en materia federal en forma supletoria, por contraponerse al funcionamiento de la fianza de empresa, induce a la confusión, porque aun cuando no se extingue la fianza por inactividad procesal (interpelación judicial, preclusión) del acreedor frente al deudor, por otro lado permite liberar la obligación fiadora por imposibilidad de subrogación en los derechos (de crédito), acciones (vía directa) y privilegios (garantías) del

acreedor por causas imputables a él mismo; en las que necesariamente debemos considerar la prescripción de la obligación principal.

Estimo que la solución se encuentra en el llamamiento del fiado a juicio y en las contragarantías. El acreedor al demandar judicialmente de pago a la afianzadora interrumpe la prescripción respecto de la obligación accesoria. En la obligación principal continúa corriendo el término prescriptivo. Es una facultad -no una obligación- de las afianzadoras llamar a juicio al deudor principal por la conveniencia práctica de que oponga las excepciones y defensas que tenga frente al actor, ofrezca pruebas y le cause perjuicio la sentencia. Llamado a juicio, comparezca o no, la citación equivale a la interpelación judicial de pago, máxime que la sentencia con calidad de cosa juzgada le para perjuicios al deudor por lo que no podrá alegar posteriormente, cuando sea demandado en vía de regreso, las excepciones que en su oportunidad pudo oponer frente al acreedor-actor. En este caso no hay lugar a dudas que la afianzadora se podrá subrogar en los derechos, acciones y privilegios del actor además de ejercitar las acciones emanadas de las contragarantías.

Pero en el caso de que la afianzadora no haga uso del derecho de llamar a la causa al fiado, y no cuenta con contragarantías, resulta evidente que lo que se ventila es la obligación del fiador -claro en correspondencia con la obligación principal- y que en la principal continuará corriendo el término prescriptivo. Condenada la afianzadora a pagar y contando sólo con las garantías que el acreedor posea, se podrá liberar de la ejecución de la sentencia (de pago) alegando la imposibilidad en la subrogación si la obligación principal ha prescrito, en virtud de que de llegar a sustituir al acreedor ya no gozará del crédito exigible, de sus acciones y privilegios.

Por lo que respecta a los privilegios, garantías e hipotecas, el acreedor no debe renunciarlas porque puede liberar al fiador de su obligación por imposibilidad en la subrogación. Sólo existe una razón lógica para que se produzca tal consecuencia: en las garantías del crédito constituidas anteriormente al otorgamiento de la fianza, porque debe presumirse que eran del conocimiento del fiador y emitió su obligación ante la eventualidad de subrogarse en ellas. En las posteriores, no existe una justificación porque no eran de su conocimiento y se obligó sin contar con ellas en lo futuro.

2.5. DEVOLUCIÓN DE LA PÓLIZA.

La devolución de la póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que la obligación fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario (Art. 117 LFIF). Por ser la póliza de fianza el documento demostrativo de la obligación de la institución como fiadora, su devolución por quien sea establece la presunción *iuris tantum* de liberar a la afianzadora de su responsabilidad. Es indudable que si la devolución la efectúa el acreedor, la presunción pesa más porque si no habría querido liberar a la fiadora no se hubiera desprendido del documento justificativo de su derecho, siendo de extrema gravedad este supuesto, que el acreedor deberá someterse a las dificultades de probar en contrario. Es obvio, sólo se presumirá extinguida la obligación accesoria, no la principal.

2.6. COMPENSACIÓN.

La institución de fianzas en todo momento tiene el derecho de oponer al beneficiario la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto si el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella. (Art. 118 Bis in fine LFIF). El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor (Art. 2186 C.C.). Se funda la figura jurídica mencionada en la buena fe que deben observar los contratantes, ya que nadie puede pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda frente a la misma persona.

Antes de la reclamación la institución de fianzas no podrá oponer al acreedor la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda del deudor del principal (Art. 2198 C.C.). Por el contrario, el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador (Art. 2199 C.C.)

2.7. REMISIÓN DE DEUDA.

La fianza se extingue por vía de consecuencia cuando el acreedor condona el monto de la deuda al deudor principal (Art. 2210 C.C...). La remisión de deuda en forma parcial (quita), tiene como efecto reducir la fianza en la misma proporción de la deuda principal. La quita pura y simple no extingue totalmente la fianza, la reduce en la misma proporción que la deuda principal; pero dará motivo a la extinción si en virtud de ella la obligación principal se sujeta a nuevos gravámenes o condiciones. (Art. 2847 C.C.)

La fiadora a su vez puede liberarse total o parcialmente de su obligación por vía principal cuando el acreedor le remite en todo o en parte las prestaciones que le son debidas (Art. 2209 C.C.), no aprovechando al deudor principal que continuará obligado (Art. 2210 C.C.).

Al no existir solidaridad pasiva en el cofianzamiento de las fianzas de empresas (Art. 116 LFIF), la remisión total o parcial que el acreedor conceda a uno de los cofiadores, sólo importa la extinción o la reducción de la fianza en la proporción correspondiente al monto de su responsabilidad, sin beneficiar a los demás cofiadores, quienes continuarán obligados en la proporción del monto de su garantía. Ante la carencia de vínculo jurídico entre los cofiadores, la liberación de la deuda hecha por el acreedor a uno de ellos, no requerirá del consentimiento de los otros como lo exige el artículo 2844 del Código Civil en materia federal supletorio.

Una situación muy particular encontramos en la quita con espera (Art. 403 LQSP) en el convenio preventivo que proponga el deudor (fiado) a sus acreedores en el juicio concursal de suspensión de pagos. En la hipótesis que el acreedor haya comparecido a reconocer su crédito en forma preventiva para permitir que el fiador se subrogue en sus derechos, considero que la aceptación del convenio preventivo por el acreedor no puede liberar a la afianzadora por estar sujeta la deuda a nuevas condiciones (espera), porque ésta es más bien impuesta. Aunque lo más sano sería llamar a juicio al fiador para que manifieste su consentimiento expresamente.

2.8. TRANSACCIÓN.

La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura (Art. 2944 C.C.) La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica, al deudor principal (2826 C.C.). En el primer caso el fiador sólo queda obligado por la transacción cuando consienta en ella (Art. 2952 C.C.) por la sencilla razón que la realizada en la obligación principal tendrá efectos en la accesoria. En el segundo supuesto, el fiador podrá transigir la obligación fiadora que contrajo frente al acreedor, sin intervención del deudor principal, por lo cual no se requiere su consentimiento.

2.9. NOVACIÓN.

La fianza se extingue por vía de consecuencia en los casos en que la obligación principal garantizada haya sido novada sin consentimiento de la institución fiadora. La extinción de la obligación primitiva para dar lugar a una nueva relación jurídica, necesariamente desaparecerá con sus garantías. El acreedor no puede reservarse el derecho a la fianza que garantizaba la obligación extinguida sin consentimiento del fiador. (Art. 2221 C.C.) En realidad, el consentimiento de la afianzadora es propiamente el otorgamiento de una nueva fianza para garantizar la obligación que nace al novarse la deuda primitiva.

2.10. CESIÓN DE DEUDAS.

En la cesión de deudas consentida de manera expresa o tácita por el acreedor, el deudor sustituto queda obligado en los términos y condiciones en que lo estaba el deudor primitivo, liberando al fiador de su obligación cuando no ha prestado su anuencia (Art. 2051 y 2055 C.C.). Es fácil de comprender que si el fiador estuvo de acuerdo en garantizar la deuda ajena atendiendo a las circunstancias personales y económicas del deudor, la simple y llana sustitución de éste por otro, sin su previo consentimiento, puede empeorar su situación.

3. SITUACIONES ESPECIALES.

3.1. RESOLUCIÓN POR FALTA DEL PAGO DE LA PRIMA.

Hemos dicho que la fianza de empresa siempre es onerosa y el pago de la prima es la contraprestación por la obligación asumida por la institución afianzadora. El incumplimiento en el pago de la prima ¿extingue la obligación fiadora la excepción de contrato no cumplido? Los autores que se han ocupado de estudiar la naturaleza jurídica de la fianza de empresa, han afrontado el problema de indudable interés práctico consistente en la posibilidad que la institución afianzadora oponga a la reclamación del acreedor las excepciones derivadas del contrato de fianza de empresa, celebrado sin su intervención, y respecto del cual detenta el correlativo derecho esencial del contrato. Principalmente la excepción *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido derivada de falta de pago de la prima por parte del fiado o solicitante e inclusive la resolución de contrato por incumplimiento. Para solucionar satisfactoriamente el problema han recurrido a una serie de teorías que incluso pecan en

desvirtuar la naturaleza misma del contrato, al estimar a la obligación fiadora como declaración unilateral de voluntad para abstraerla de la verdadera causa.

Efrén Cervantes Altamirano y Luis Ruiz Rueda reconocen la fuente de la obligación fiadora en la estipulación favor de tercero y aceptan la posibilidad de oponer al beneficiario las excepciones derivadas del contrato de fianza de empresa celebrado entre la institución fiadora y el fiado, motivados por lo dispuesto por el artículo 1872 del Código Civil en materia federal. Para remediar el perjuicio que se puede ocasionar al acreedor que de buena fe ha aceptado este tipo de garantías personales, el primero de los juristas propone reformar la ley para que el derecho emanado de la estipulación a favor del acreedor no sea afectado por las excepciones que se deriven del contrato accesorio, por no ser congruente con la realidad, ya que estando las empresas afianzadoras, en la inmensa mayoría de los casos, a cubierto de posibles desembolsos por responsabilidades de sus afianzados, es injusto que evadan su obligación.³¹ Por su parte Luis Ruiz Rueda propone reformar el texto de la ley, para establecer en lo posible, la abstracción de la obligación fiadora de la fuente contractual de la que deriva.³²

En contraposición, el Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación Nacional de Banqueros, en el año de 1946, con el menester de procurar un instrumento que brinde seguridad jurídica al acreedor en su derecho, respecto del contrato accesorio en que no intervino, propuso se atribuyera a la póliza la característica de "literalidad" en correspondencia a las necesidades que debe satisfacer. Para ello, el citado comité formuló la tesis consistente en desdoblar la operación de las instituciones de fianzas en: a).- Contractual, por medio de la cual se obliga la afianzadora ante el fiado o solicitante a expedir una póliza contra el pago de una prima, y b).- Declaración unilateral de voluntad al expedir la póliza de fianza a favor del beneficiario, siendo causa suficiente de la obligación sin tener en cuenta los motivos que la afianzadora tuvo como precedentes para su otorgamiento.³³

Como observamos, las propuestas anteriores no encuentran su fundamentación en nuestro derecho positivo que permita solucionar casos prácticos, puesto que, como solución se sugiere la reforma de la ley para abstraer el derecho del beneficiario o bien, quebrantando la lógica-jurídica al atribuir a la operación afianzadora una naturaleza bipartita, situación que no aceptamos puesto que un acto no puede ser contrato y declaración unilateral de voluntad simultáneamente.

El reconocido jurista Don Humberto Ruiz Quiroz es quien con mayor profundidad y grado de certeza desentraña la fuente de la obligación en la fianza de empresa, además de aportar el argumento mas consistente al problema en cuestión con fundamento en la ley vigente. Señala que la naturaleza de la obligación de la institución fiadora es la estipulación a favor de tercero regulada en los artículos 1868 al 1872 del Código Civil Federal supletorio a la legislación mercantil. Dice que las reglas contenidas en los artículos mencionados no son rígidas ni pueden dar una solución genérica y única a cada tipo de contrato que contenga estipulación a favor del tercero, porque son renunciables válidamente por las partes para ajustarlas a las necesidades económico-sociales de los contratantes, a la función que se atribuya a su validez y a los fines perseguidos. Entonces, el derecho adquirido por el acreedor derivado de la estipulación concertada entre el fiado y el fiador no puede ser restringido por el pacto que éstos celebren para prohibir el derecho de exigir al promitente la prestación que se ha obligado (Art. 1869 C.C.), de revocar la estipulación mientras no haya sido aceptada por el beneficiario (Art. 1871

³¹ Cervantes Altamirano, Humberto; Op. Cit. Pág. 133.

³² Ruiz Rueda, Luis; La fianza de empresa a favor de tercero, México, 1956, Pág. 56. Citado por Ruiz Quiroz, Humberto; Op. Cit , Pág. 354.

³³ Citado por Humberto Ruiz Quiroz, Op. Cit. Pág. 338.

C.C.) y de oponer el promitente las excepciones derivadas del contrato (Art. 1872) por no ser compatibles con la función social y los fines de la fianza.

En este sentido, si la función de la fianza de empresa es crear la obligación fiadora a favor del tercero-acreedor, quien tiene a su vez el legítimo interés de obtener una mayor seguridad en el cobro de su crédito, la afianzadora no podrá oponer al tercero beneficiario las excepciones derivadas del contrato de fianza. Señala el autor citado que no es indispensable reformar la ley:

“...pues puede fundamentarse en el artículo 1796 del Código Civil, en la parte que, al referirse a los contratos, dispone que desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley...”³⁴

“.... Es conforme a la naturaleza de la fianza a favor de tercero y a la buena fe, la inoponibilidad de las excepciones derivadas del contrato celebrado entre afianzadora y fiado, aunque para una mayor seguridad jurídica sería conveniente que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas lo dijera expresamente, pues aunque hasta la fecha no se ha hecho uso de este tipo de excepciones, no es imposible que alguna vez se intentara hacerlas valer (sic)...”³⁵

Se advertirá que la anterior solución, motivada en el texto legal, no satisface plenamente a su autor, pues a pesar de que inicia diciendo que no es indispensable reformar la ley, pronto se retracta para declarar que más vale que la ley estableciera en forma expresa la prohibición de oponer excepciones derivadas del contrato de fianza.

Sin el ánimo de pretender descalificar la notable monografía de Don Humberto Ruiz Quiroz, me parece conveniente hacer la siguiente observación: El artículo 1796 del Código Civil se refiere a la fuerza vinculante de los contratos desde su perfeccionamiento. Los contratantes además de obligarse a lo pactado en forma expresa, deben de observar los principios legales concernientes al contrato que han celebrado, a las reglas emergentes del uso y observar su cumplimiento conforme a la buena fe. Directamente vinculado, el artículo 1839 del Código Civil permite a los contratantes establecer las cláusulas que estimen convenientes; pero las que sean requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

En este orden de ideas, la fianza de empresa contiene como elementos esenciales: la obligación de la institución de fianzas dirigida al acreedor de pagar en defecto de cumplimiento del deudor y el correlativo derecho de la afianzadora de cobrar al fiado o solicitante una retribución o prima. En la práctica resultará difícil -por no decir que imposible- que ambos elementos esenciales no sean expresados en el contrato cuando la ley impone la forma escrita mediante pólizas. Incluso, no pueden ser renunciadas o suprimidas por las partes so pena de desnaturalizar el contrato. Por ejemplo, el pacto de la afianzadora de no cobrar o renunciar el pago de la prima tergiversa la figura de la fianza de empresa para convertirla en fianza mercantil *lato sensu*. Asimismo, las consecuencias de su naturaleza ordinaria aunque no se expresen es la falta de goce de los beneficios de orden y exclusión (Art.118 LFIF), el presentar

³⁴ Ruiz Quiroz, Humberto; Op. Cit. Pág. 359.

³⁵ Idem.

la reclamación directamente ante la fiadora (Art.118 LFIF), los aspectos concernientes a términos de caducidad y prescripción (Art. 120 LFIF), etc. De igual forma, las consecuencia ordinaria de la naturaleza de la fianza es la facultad del fiador de oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor (Art. 2812 C.C.) así como la posibilidad de extinguir la obligación del fiador al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones (Art. 2842 C.C.). Es concordante esta disposición con lo prescrito por el artículo 1872 del Código Civil que faculta al promitente (afianzadora) a oponer al tercero todas las excepciones derivadas del contrato, salvo pacto en contrario (Art. 1872 C.C.). De otro modo, no sería comprensible por qué la obligación fiadora se extingue por vía directa.

En esta tesitura ¿Cuál es la consecuencia o efecto ordinario de la falta de pago de la prima? Lo común, aunque no se haya establecido en el contrato, es la facultad de resolver las obligaciones en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado, es decir quien si cumplió con su deber, podrá optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulte imposible (Art. 1949 C.C.) De este artículo los procesalistas derivan la excepción de contrato no cumplido que consiste en la resistencia de uno de los contratantes, en un contrato bilateral, de cumplir con su obligación, si aquel otro no ha cumplido con su respectiva obligación. Pero antes debemos previamente determinar si el precepto es aplicable al caso que nos ocupa.

En primer lugar se hace mención a los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas. Es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente (Art. 1836 C.C.) y unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada (Art. 1935 C.C). La fianza de empresa es un contrato que podríamos denominar de carácter bilateral imperfecto. El artículo 2794 del Código Civil establece que la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si este no lo hace. Esto quiere decir, que solo es esencial la obligación que asuma el fiador de garantizar la deuda ajena. Nada más. En seguida el artículo 2795 permite que la fianza pueda ser a título gratuito u oneroso. Lo regular es que la fianza sea a título gratuito. Si es remunerada ¿es un elemento esencial o accidental? Por supuesto que es accidental. El que sea o no retribuida la obligación del fiador en nada afecta la esencia del contrato de fianza. Si la ley Federal de instituciones de fianzas señala que éstas tendrán por objeto otorgar habitualmente fianzas a título oneroso ¿El pago de la prima es esencial del contrato de fianza de empresa? Sí, pero la falta de pago de la prima no impedirá que la fianza surta sus efectos a favor del beneficiario.³⁶

Ahora bien, la fiadora se obliga en una posición intermedia: se obliga por el deudor ante un tercero, el acreedor, a pagar en caso de incumplimiento de éste. La afianzadora a cambio tiene

³⁶ No sucede lo mismo en otros contratos. Por ejemplo, la compraventa y el arrendamiento. En el primero el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa a cambio de un precio cierto y en dinero (Art. 2248 C.C) y en el segundo el arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa y el arrendatario a pagar por un precio cierto. En ambos contratos los derechos y obligaciones recíprocos citados de las partes son esenciales y se encuentran íntimamente ligados entre sí. Si la obligación económica a cargo del comprador y del arrendatario no es cumplida es obvio que se hace imposible el contrato. La transmisión de la propiedad o, el uso y goce temporal, de una cosa sin el correlativo pago de un precio cierto y en dinero no agotan el contenido obligacional de la compraventa o el arrendamiento. No acontece lo mismo con la fianza de empresa, porque con independencia de que se haya o no pagado la prima el contrato obliga desde su perfeccionamiento, con el otorgamiento de la obligación en póliza, surtiendo en forma plena sus efectos. Por lo tanto, en la fianza la obligación del fiador de otorgar la póliza a favor de un tercero y del fiado de dar cambio una retribución no se hayan íntimamente vinculadas, máxime que el derecho del tercero ajeno al contrato es absoluto porque carece de una obligación correlativa frente al fiador.

el derecho de percibir del deudor el pago de la prima. Por su parte, el deudor obtuvo un beneficio o derecho: que la afianzadora se obligue por el ante el acreedor. Correlativamente, el deber de pagar la suma convenida. En esta relación, el contrato es bilateral entre las partes concertantes. Y que decir del tercero beneficiario, el acreedor, quien detenta el derecho esencial del contrato de exigir a la afianzadora el pago en defecto de cumplimiento del deudor sin que a la vez asuma una obligación hacia la otra. Lógicamente, la obligación fiadora es unilateral hacia el acreedor. En este orden de ideas, la afianzadora no podrá negarse a pagar la reclamación del acreedor alegando el incumplimiento del contrato por la falta de pago de la prima por el deudor, porque no existe reciprocidad de obligaciones entre el acreedor y el beneficiario. Máxime que la inobservancia en el pago de la prima no se refiere a una prestación que haga imposible la ejecución del objeto principal del contrato de fianza: el compromiso de la institución con el acreedor de pagar por el deudor, si éste no lo hace.

En segundo lugar, siendo el efecto de la resolución la extinción del contrato en forma retroactiva, volviendo las cosas al estado que tenían como si no hubiera existido. (Art. 1940 C.C.), en la fianza de empresa no procederá la resolución por falta de pago de la prima por haber engendrado efectos no restituibles.

Si bien, no puede impedirse a las afianzadoras demandadas oponer la excepción de resolución del contrato por incumplimiento del fiado de pagar la prima, si dudo que prospere por los argumentos anteriores externados, amen que el beneficiario carece de la legitimación jurídica procesal pasiva.³⁷

Las premisas anteriores se encuentran implícitas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en diversos artículos al señalar:

a).- Que perfeccionado el contrato mediante el otorgamiento de la póliza, la institución asume obligaciones como fiadora, sin ninguna obligación esencial correlativa a cargo del beneficiario (Art. 117).

b).- Que las únicas excepciones que pueden oponer la institución de fianzas son las emanadas de la obligación principal que el fiado tuviera contra el acreedor y que no sean personales, (Art. 118 Bis P. 2 y 3) así como todas las causas específicas de liberación de la fianza (Art. 94 F. VIII).

c).- Que el único derecho que tienen las instituciones de fianzas en contra del deudor principal es exigir el cumplimiento forzoso del contrato, pagar la prima, estableciendo para ello la acción especial ejecutiva para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios (Art. 96).

d).- Que los lineamientos anteriores emanan de una ley especial que prevalecen sobre los generales establecidos en la ley supletoria; siendo por tanto inadmisibles alegar la excepción *non adimpleti contractus* con base en el artículo 1872 del Código Civil. De lo contrario se contraviene los fines de la fianza de empresa y sus consecuencias naturales.

³⁷ Para evidenciar la imposibilidad de la ley de dar reglas generales a todo tipo de contrato en que se estipula a favor de tercero, pongo de ejemplo la compraventa en la cual el comprador señala a un tercero como beneficiario del objeto de la compraventa. Si el vendedor promitente no ha recibido el precio del comprador estipulante, es obvio que al ser compelido el vendedor por el tercero a que le entregue la cosa validamente podrá oponer la excepción de contrato no cumplido. Si el vendedor de bien inmueble a plazos prometió entregar a un tercero la posesión, si el comprador deja de pagar alguna parcialidad podrá oponer el vendedor al tercero que le exija la entrega de la posesión la excepción de resolución del contrato por incumplimiento.

Por lo expuesto, considero que la inoponibilidad de las excepciones emanadas de la fianza de empresa no es una consecuencia ordinaria de su naturaleza y de la buena fe de los contratantes, sino que tal afirmación se funda más en razones de justicia y de equidad del tercero ajeno al contrato, que disfruta los efectos del derecho fundamental del contrato accesorio.

Consecuentemente, existen en la legislación elementos suficientes de defensa para desvirtuar la excepción de resolución del contrato de fianza por incumplimiento del fiado en pagar la prima. Sin embargo, estos criterios que no dudo que el beneficiario de la fianza puede emplear satisfactoriamente en su defensa siempre quedarán a la libre apreciación, aplicación e interpretación del órgano jurisdiccional, permaneciendo siempre latente el riesgo de que se considere fundada la excepción. Es aquí donde coincido con la opinión del Profesor Humberto Ruiz Quiroz, en la necesidad de reformar la ley para brindar al beneficiario de las fianzas de empresa la seguridad de que su derecho será respetado irrestrictamente por las instituciones de fianzas, al establecer en su texto expresamente la prohibición de oponer al tercero beneficiario las excepciones de contrato no cumplido por falta de pago de la prima.

3.2. INOBSERVANCIA DE REGLAS GENERALES.

Tratándose de reclamaciones de fianzas que garantizan operaciones de crédito, en algunas ocasiones las instituciones de fianzas invocan ciertas causas de liberación señaladas o derivadas de lo dispuesto en las reglas de carácter general de la materia (D.O.F. 24 de agosto de 1990), las que básicamente consisten:

- a).- Falta de acreditación de la existencia de póliza de seguro sobre los bienes materia del contrato que origine la expedición de la fianza de crédito respectiva y del seguro de vida que cubra cuando menos el saldo insoluto del crédito si el fiado es persona física; en los casos de pérdida o daño del bien materia de la operación o muerte del fiador persona física (Regla Séptima).
- b).- No haber suspendido el beneficiario las operaciones objeto de la fianza ante el primer incumplimiento, lo que ocasiona que las nuevas operaciones reclamadas no se entiendan garantizadas (Regla Décimo Tercera).
- c).- Falta de consentimiento por escrito de la afianzadora para reanudar operaciones con el fiado una vez ocurrido cualquier incumplimiento de la obligación afianzada (Regla Décimo Tercera).
- d).- Falta de autorización expresa de la afianzadora en los casos de renegociación de deuda a cargo del fiado o sustitución de documentos o títulos, objeto de la misma fianza de crédito. (Regla Décimo Tercera).
- e).- No acompañar documentos originales que acrediten la existencia y exigibilidad del crédito afianzado así como un informe acerca de las gestiones de cobro realizadas por el beneficiario hasta ese momento (Regla Décimo Tercera).

El presente apartado no se centra en el estudio en particular de cada una de las causas anteriores o, en lo justo o injusto que pueda resultar para las instituciones de fianzas liberarse de su responsabilidad cuando éstas se actualizan. La crítica versa en la invocación de las

hipótesis contenidas en las reglas generales mencionadas, cuando la mayor de las veces son del desconocimiento del público contratante o sólo una mera mención en el texto de la fianza.

En primer lugar, las reglas generales son disposiciones dictadas por la autoridad federal competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo preceptuado por la ley. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es el órgano competente para emitir reglas generales relativas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (Art. 1 LFIF). El artículo 39 de la ley de la materia faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a determinar mediante reglas de carácter general los tipos de fianzas que deban considerarse peligrosas por su naturaleza o con características especiales, garantías, primas, documentación y demás condiciones de colocación y en su caso la contratación de reafianzamiento o cofianzamiento. En esta tesitura, es entendible que las reglas mencionadas son disposiciones de control de actividades de las instituciones de fianzas. Son de carácter general porque no se individualiza su aplicación a una sola institución, sino a todas aquellas que se encuentren operando y a las próximas a crearse, porque de lo contrario se vulneraría lo preceptuado por el artículo 13 de la Constitución Política Federal.

Las reglas generales en estudio mencionan en sus consideraciones que el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito, eventualmente entraña una mayor responsabilidad para las compañías afianzadoras, que puede derivar en situaciones que lesionen de manera irremediable su estabilidad financiera, de no sujetarse a “normas técnicas especiales”. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público sin duda advirtió que las mencionadas reglas no pueden obligar al solicitante, deudor, obligado solidario, contrafiador o beneficiario, porque, obviamente, no son los destinatarios de la norma ni los regula, controla, inspecciona o vigila con efectos administrativos. Por ello, en el capítulo IV denominado *cláusulas que deberán contener los textos de las pólizas de fianzas que garanticen operaciones de crédito* en la regla décima comienza diciendo:

“La regla séptima así como las Reglas contenidas en el presente y en el siguiente capítulo, deberán quedar expresamente insertas en los textos de las pólizas que se emitan así como en los contratos solicitud correspondientes. Tratándose de éstos últimos se adicionara lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas”.

Notemos que las conductas mencionadas al comienzo de esta exposición bajo los incisos a), b), c), y e) se encuentran consignadas en la regla séptima y décimo tercera dentro de los capítulos IV y V a que se refiere la regla arriba transcrita. Considero que si estas reglas se consignan o insertan en el texto de la póliza de fianza, los motivos de improcedencia que de ellas deriven sí podrán ser opuestas al beneficiario, porque recordemos que la fianza de empresa es un contrato con estipulación a favor de tercero y es permitido a los contratantes imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas se consignent expresamente en el referido contrato (Art. 1870 C. C). En el caso contrario, la afianzadora no podrá oponer falta de cumplimiento de alguna modalidad en el ejercicio del derecho derivadas de reglas generales que no obligan al beneficiario y a las que la afianzadora no quiso supeditar su obligación.

Por último, la típica mención en el texto de la póliza de fianza que “se expide de conformidad con las reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas de crédito” no implica un consentimiento, conocimiento o sometimiento de las partes a su contenido, sino el fundamento jurídico técnico-administrativo que rige el otorgamiento de la fianza.

3.3. OBLIGACIÓN GARANTIZADA PARCIALMENTE.

En el caso de las obligaciones garantizadas en forma parcial, surge el problema de determinar a qué parte de la deuda se debe considerar el pago efectuado por el deudor, si a la parte garantizada o a la no afianzada. La solución se obtiene interpretando la voluntad de las partes, prevaleciendo la intención evidente de los contratantes (Art. 1851 C.C), ya que debemos entender que el pago se efectúa a la parte no garantizada, ya que el acreedor exigió al deudor una fianza limitada porque tuvo en consideración que los medios económicos de éste sólo le permitirían pagar parcialmente la deuda.

3.4. EVICCIÓN.

Dice el artículo 2119 del Código Civil en materia federal que la evicción se actualiza cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o en parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de un derecho anterior a la adquisición. Sin embargo, no existe en la legislación solución específica para el caso de que la cosa cuya entrega se garantizó con fianza sea o se pretenda su desposesión por causa de evicción. Los supuestos concretos son:

a).- Que la obligación garantizada sea el pago de una suma de dinero y se entregue en dación en pago una cosa distinta.

b).- Que se garantice la amortización del anticipo recibido y las cosas entregadas en cumplimiento al contrato pertenezcan a tercero.

En ambas hipótesis, es obvio que no es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se efectúa con una cantidad de dinero o en otra cosa fungible ajena, no habrá repetición en contra del acreedor (evicción) que la haya consumido de buena fe (Art. 2087 C.C.). Pero en el primer caso, quien sufra la evicción no podrá reclamar de pago a la afianzadora porque existe novación desde el momento en que recibe el acreedor recepción de cosa distinta a la que estaba obligado a entregar el fiado (Art. 2221 C.C.) En todo caso el beneficiario deberá solicitar a la afianzadora su consentimiento para recibir cosa distinta a la originalmente pactada y establecer cláusula expresa de que si el pago queda sin efecto por evicción revivirá la fianza.

En cambio, en el segundo supuesto existe un aparente cumplimiento pero la invalidez del pago actualizaría la obligación afianzadora, aunque para una mayor seguridad de su derecho, sería conveniente también que el beneficiario establezca una cláusula similar a la arriba expresada.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La fianza de empresa y la obligación principal garantizada están en íntima relación. Los derechos y obligaciones de las partes en ambas relaciones se encuentran en plano de armonía. El deudor principal y el acreedor no pueden pretender una situación más onerosa en agravio de la institución afianzadora. Accesoriamente, la institución de fianzas y el deudor no pueden perjudicar al acreedor, titular del derecho. Tampoco, la institución de fianzas en acuerdo con el acreedor puede pretender una situación más gravosa para el fiado.

SEGUNDA.- Acorde con el principio enunciado, a efecto de salvaguardar el derecho del beneficiario se propone la reforma de la ley a fin de abstraer la obligación afianzadora de los vicios o deficiencias del contrato (solicitud oferta-póliza aceptación) celebrado entre el solicitante y el fiado, de modo que la institución afianzadora no pueda oponer al beneficiario mayores excepciones que las que deriven directamente de la obligación principal, del texto de la póliza de fianza o de las causas legales específicas de extinción de la fianza. De esta forma se salvaguarda los derechos del beneficiario al evitar que se opongan excepciones procesales derivadas exclusivamente de la propuesta de contratar presentada por el solicitante o al fiado a la afianzadora tales como la rescisión del contrato de fianza por falta de pago de la prima, proporcionar informes falsos respecto de su situación económica, falta de representación legal del solicitante, etc.) que en la mayoría de las veces desconoce el beneficiario.

TERCERA.- De la manera en que esta redactada el primer párrafo del artículo primero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se entiende que ésta sólo regula administrativamente (organización, control, vigilancia) al ente jurídico autorizado por el estado para otorgar habitualmente fianzas a título oneroso. A efecto de englobar todos los aspectos que regula la ley, se propone reformar el primer párrafo del artículo 1° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para que al referirse al objeto de la misma señale: “La presente ley tiene por objeto regular el otorgamiento habitual de fianzas a título oneroso, la organización y funcionamiento de las instituciones de Fianzas así como de las instituciones autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, el sano y equilibrado desarrollo del sector afianzador, la protección y defensa de los intereses del público contratante; y los términos en que el gobierno federal ejercerá la rectoría del sector afianzador”.

CUARTA.- La ley de la materia podría ser adicionada con un capítulo denominado “de las fianzas otorgadas por instituciones autorizadas” a fin de regular con mayor precisión en su capitulo la figura de fianza de empresa con sus elementos esenciales, el contenido de la oferta de contratar (solicitud) y de la póliza, efectos, tipos, causas específicas de extinción, contragarantías, etc. que permita separar conceptualmente las normas referentes al contrato de aquellas relativas al funcionamiento, control, inspección y vigilancia las instituciones de fianzas.

QUINTA.- Si bien la ley no es un cuerpo doctrinal, estimo conveniente plasmar en las disposiciones relativas a la fianza su carácter contractual con estipulación a favor de tercero y adecuar los artículos 1869 a 1872 del Código Civil Federal a la función económica-social que desempeña.

SEXTA.- Si bien el pago de la prima es un elemento distintivo de la fianza de empresa, la ley debería establecer de manera expresa que la falta de pago de la prima no dará derecho a la institución afianzadora de oponer la excepción de contrato no cumplido y de rescisión del

contrato, dando solo lugar para exigir su cobro al fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores.

SEPTIMA.- Con la finalidad de dar una congruencia a la ley de la materia, en su aspecto conceptual de cada uno de los capítulos, propongo reubicar el contenido de los artículos 2, 3, 4 Fracción VIII del artículo 94, 113, 114, 115, 116, 117 118 119 120, 121, 122 en el capítulo denominado "de las fianzas autorizadas por instituciones autorizadas"

OCTAVA.- De la igual forma, el contenido de los artículos 118 Bis, 123, 124 125, 127 y 130 que tratan sobre procedimientos especiales podrían reubicarse en el capítulo IV título III de la ley.

NOVENA.- Se propone reformar el artículo 94 Bis para que el incidente de pago de la póliza fianza otorgada ante autoridades judiciales, no penales, se tramite conforme a las reglas establecidas en el Código de Comercio, para estar en concordancia con la supletoriedad legal establecida en la ley establecida en los párrafos IV y VI del artículo 94 y 113.

BIBLIOGRAFÍA

Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles", 3 edición, Harla Editorial, México, 1989.

Cervantes Altamirano, Efren. "Fianza de Empresa (Antecedentes Históricos y Naturaleza Jurídica)", Seminario de Derecho Mercantil y Bancario, UNAM. Serie "A" Numero 26, UNAM, México, 1950. También editado en Anales de Jurisprudencia, Año, XVII, Tomo LXVII, 2ª Época, Octubre- Noviembre. Semanario Judicial de la Federación, México, 1950,

Díaz Bravo, Arturo. "Contratos Mercantiles", 4ª edición, Harla Editorial, México, 1994.

Lozano Noriega, Francisco. "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos", 6ª edición, obra editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México, 1994.

Mantilla Molina, Roberto. "Derecho Mercantil", 4ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1998.

Molina Bello, Manuel. "La Fianza, (Cómo Garantizar sus Obligaciones con Terceros)", 1ª edición, Mc Graw-Hill, México, 1994.

Olea Elizalde, Pedro. "La Relación Jurídica entre el Beneficiario y la Empresa Afianzadora", Tesis Profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1975.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil, Contratos", 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980.

Ruiz Quiroz, Humberto. "Los Contratos a Favor de Tercero", (primera parte), Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 7, No. 7, México, 1983; (segunda parte). Año, 8, No. 8, Tomo 2, México 1984; (tercera parte) Año 9, No. 9, México, 1956.

Ruiz Rueda, Luis. "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio", 1ª edición, talleres Arana, México, 1960.

"La Fianza de Empresa a Favor de Tercero", 1ª edición, impresora Barrie, México, 1956.

"Estudios Jurídicos", edición conmemorativa, Fianzas México, S.A. 1985.

Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos Civiles" 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1989.

Vásquez Del Mercado, Óscar. "Contratos Mercantiles", 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

LEYES.

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Comercio.
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.