

71



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho
Seminario de Derecho Administrativo

EL CONTROL ADMINISTRATIVO
EN LA CONSTITUCION ORGANI-
ZACION Y FUNCIONAMIENTO
DE LAS INSTITUCIONES DE
FIANZAS EN MEXICO

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

HUMBERTO BRIONES HERNANDEZ

Asesor de Tesis:

Lic. Víctor Manuel Dávila Barraza

Cd. Universitaria

2000

28 3977



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS:

Con mucho amor a mis padres Señores, Humberto Briones H. y Rosenda Estefanía Hernández de B., por todo el apoyo que me han brindado hasta hoy en día, y por exigir que concluyera mis estudios profesionales, mil gracias.

En memoria de mi abuelo Antonio Briones García, quien nos enseñó a que hay que luchar por lo que uno quiere, siendo el ejemplo para muchos de sus descendientes.

Agradezco a mis tíos Efraín Briones H. y Alvaro Briones H., quienes han apoyado y ayudado a todos sus familiares, convirtiéndose en un ejemplo a seguir, muchas gracias.

A mi único amigo y compañero de carrera
Licenciado Cesar Ortega Reyes, quien me ha
brindado su amistad y ha estado conmigo en
las buenas y en las malas, muchas gracias.

Al maestro y amigo licenciado Victor Manuel
Dávila Barraza, por sus enseñanzas y
dirección de mi tesis profesional, muchas
gracias.

A todas aquellas personas que han seguido mi
carrera de cerca, hermanos, primos, profesores
y compañeros de carrera, muchas gracias por
todo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1	Primeras manifestaciones de las instituciones de fianzas en el mundo.....	2
1.2	Las instituciones de fianzas en México.....	5
1.2.1	Origen.....	5
1.2.2	Desarrollo.....	13

CAPITULO II

LA FIANZA

2.1	Concepto.....	38
2.2	Naturaleza jurídica.....	41
2.3	Clasificación.....	42
2.4	Elementos esenciales.....	43
2.5	Características.....	55
2.6	Efectos.....	72
2.7	Extinción.....	78

CAPITULO III
MARCO LEGAL INHERENTE A LAS INSTITUCIONES
DE FIANZAS EN MÉXICO

1. MARCO LEGAL.....	80
3.1 Fundamento constitucional.....	80
3.2 Legislación.....	82
3.3 Reglamentos, decretos y circulares.....	83
2. DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.....	87
3.4 Concepto.....	87
3.5 Naturaleza jurídica.....	90
3.6 Requisitos legales para su constitución, organización y funcionamiento.....	91
3.6.1 De su constitución.....	92
3.6.2 Organización y funcionamiento.....	96
3.6.3 Procedimiento administrativo para constituir, organizar y funcionar como institución de fianzas.....	102
3.7 Obligaciones y prohibiciones.....	110
3.8 Sanciones.....	113
3.9 Recursos.....	117

CAPITULO IV
AUTORIDADES COMPETENTES EN
EL CONTROL ADMINISTRATIVO

1. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	122
4.1 Definición.....	122
2. SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.....	124
4.2 Ubicación dentro de la Administración Pública.....	126
4.3 Competencia.....	127
4.4 Actividad.....	134
4.5 Sanciones administrativas y penas.....	135
3. COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS.....	138
4.6 Ubicación dentro de la Administración Pública.....	138
4.7 Competencia.....	138
4.8 Actividad.....	142
4.9 Sanciones administrativas y penas.....	144
4. COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS.....	146
4.10 Ubicación dentro de la Administración Pública.....	147
4.11 Competencia.....	147
4.12 Actividad.....	148
4.13 Sanciones administrativas y penas.....	153
CONCLUSIONES.....	156
BIBLIOGRAFÍA.....	159

INTRODUCCIÓN

Debido a que en nuestro país las Instituciones de Fianzas juegan un papel importante en la economía, al grado de pertenecer al grupo reducido de empresas llamadas Instituciones Financieras, la Administración Pública a ejercido, en protección a los intereses de los usuarios de ese servicio, un control sobre estas empresas de la iniciativa privada mexicana,.

Este trabajo de investigación intenta realizar un análisis del control que la Administración Pública ejerce en la estructura de la constitución, organización y funcionamiento de las Instituciones de Fianzas de nuestro país, igualmente veremos brevemente cuales son las leyes, circulares y reglamentos aplicables en estos casos y quienes las aplican, para así saber si existe un verdadero control administrativo que proteja los intereses del publico usuario de estos servicios.

Para este estudio, hemos organizado nuestro análisis a través de cuatro capítulos en los que desglosamos lo siguiente:

El primer capítulo está dedicado a los antecedentes de la figura jurídica denominada fianza, cubriendo los países más representativos del ámbito jurídico.

El capítulo dos está estructurado para estudiar a la fianza de forma general, resaltando sus particularidades más notorias.

En el capítulo tercero encontramos el marco jurídico legal de la institución, estableciendo de forma generosa su amplitud y restricciones, así como sus obligaciones y prohibiciones.

Finalmente en el cuarto capítulo estudiamos el control administrativo de la fianza, ubicando la autoridad competente en su caso, y mencionando cada una de sus facultades y atribuciones. Para finalizar con nuestras propias conclusiones y nuestra propuesta personal.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

La Fianza contrato accesorio por el cual una persona se obliga a responder de los actos o de las deudas de otra, frente a un tercero, ha existido desde tiempos inmemoriales en el Derecho Civil; a diferencia del Derecho Mercantil, donde se puede decir que el antecedente más remoto lo encontramos aproximadamente en los años 2568 a 2613 AC. en una inscripción que asemeja a un contrato de fianza descubierta en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, Rey de Sumer y Akkad. ¹

De igual forma en Babilonia se tiene consagrado el antecedente del Código de Hamurabi, promulgado por él mismo durante su reinado en el año de 1730 AC., cuando mandó grabar estelas de piedra para repartirlas por las capitales de su Reino, para el mejor conocimiento de sus leyes. ²

Hasta 1947 de nuestra era, todavía se creía que el Código de Hamurabi era el más antiguo de la humanidad; pero actualmente se ha demostrado que lo es el Código de Lipit-Ishtar, creado en el año 1934 AC, este instrumento jurídico es procesado del Código de Hamurabi, pues en muchas partes se corresponden casi palabra con palabra. En ambos códigos se manifiesta una forma de fianza o contrato de garantía, principalmente en la reglamentación de los esclavos, los

¹ ZAMORA CHÁVEZ, Ignacio L.A.E. La Importancia de la Fianza en Póliza en la Administración Financiera, Tesis Profesional, México D.F., 1973, P. 6.

² CÓDIGO DE HAMURABI, Editorial Nacional, Madrid 1983, P. 19.

cuales eran considerados como un objeto propiedad del dueño, quien podía matarlos sin consideración alguna, lo mismo que entregarlos en garantía de una deuda. ³

1.1 PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZA EN EL MUNDO.

La evolución de la institución de fianzas se puede decir que empezó con cierto anuncio publicado en el año de 1720, en el periódico "The London Daily Post", que decía que a pesar de las magníficas leyes en vigor, diariamente se cometían robos por parte de los criados, y con ese motivo anunciaba la constitución de una sociedad que tendría asiento en la Taberna del Diablo, situada en Charing Cross, Londres, y a la cual se podía pertenecer mediante el pago de cierta cantidad; asimismo, se hacía saber al público, que no se venderían más que tres mil acciones. A cambio de ellos, la sociedad se comprometía a responder de cualquier robo cometido por cualquier sirviente registrado en la misma.

Pero al parecer, no tuvo éxito esta sociedad pues no fue sino hasta 1840, cuando se organizó realmente la primera compañía de fianzas, compañía que se llamó "Guarantes Society of London", Sociedad de Garantía de Londres y que no

³ *Ibidem*.

fue únicamente aceptada, pues fueron muchos los que auguraron su fracaso, ya que se alegaba que no habría quien empleara un criado que no pudiera dar más garantía que una fianza mercantil, pues decían que faltaría la garantía moral. Sin embargo, y a pesar del fracaso augurado, esta compañía si tuvo éxito. 4

Era obvio que el afianzamiento corporativo fue lento en su desarrollo, ya que era difícil desplazar al fiador personal, localmente conocido, familiar o amigo, por una sociedad impersonal y hasta cierto punto desconocida. Sin embargo, las múltiples negativas de los individuos a garantizar gratuitamente un cumplimiento de determinada obligación, aunado a que los afianzados, mediante el pago de una cantidad, no tenían la obligación moral de retribuir al favor hecho por su fiador gratuito, favoreció el desarrollo de las sociedades afianzadoras, al grado tal en que en la actualidad constituyen una importante empresa comercial, por lo que casi ya no se ofrecen fiadores individuales y gratuitos.

Por lo que toca a América es en los Estados Unidos, el primer antecedente lo encontramos en la Ley del Estado de Nueva York, con una compañía llamada "American Surety Company of New York", expedida el año de 1853, que autorizaba la constitución de compañías de fianzas de fidelidad, pero esta ley no fue aplicada durante veintidós años.

4 CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. La Fianza de Empresa y sus Perfiles Característicos. Editorial Revista Mexicana de Fianzas. México, 1972. P. 106.

En 1875 se constituyó la actual "Fidelity & Casualty Company", que antes llevaba otro nombre, y empezó a emitir fianzas tres años más tarde. Esta fue la primera compañía de fianzas de los Estados Unidos propiamente, pues en Canadá se expedían fianzas para los Estados Unidos desde 1872, por la "Compañía de Garantías de Norteamérica".⁵

Posteriormente, en 1884, con la constitución de la "Compañía Americana de Fianzas", empezó el enorme desarrollo que en el vecino país han tenido esta clase de compañías. En la actualidad, pasan de ochenta las empresas de esta especie en los Estados Unidos.

En Derecho Anglo-sajón se entiende que la fianza abarca todas las obligaciones de pagar la deuda o el desfaldo de otro, y se dice que es el acuerdo accesorio por el cual se obliga uno por otro ya obligado.

Se considera que nadie corre el riesgo de pagar la deuda o cumplir la obligación de otro, a menos que expresamente declare querer hacerlo así. Y por esto la Ley no acepta que el consentimiento del fiador sea tácito. La fianza por tanto, sólo nacerá de un contrato, contrato que deberá ser por escrito y exento de vicio alguno.

⁵ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Fianza de Empresa. México, 1950. P. 67.

1.2. LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS EN MÉXICO.

En México, fue la necesidad de personas morales que garantizaran a la Hacienda Pública la fidelidad de sus funcionarios, empleados y agentes: que le respondieran del pago de contribuciones, impuestos, rentas y multas; y que le caucionaran las responsabilidades provenientes de los contratos celebrados con ella por particulares o empresas, lo que originó, primero, que se concediera permiso a compañías extranjeras para operar en México, y posteriormente, que se crearan compañías mexicanas a las que hubo que proteger en la competencia con las fuertes compañías extranjeras. Y así se estableció en la Ley de Fianzas del 24 de mayo de 1910.

Sin embargo, poco a poco se fue sintiendo la necesidad de extender los beneficios de la fianza onerosa mercantil a los particulares, y así se hizo, hasta llegar al sistema que hoy nos rige, y que aunque más desarrollado que el de la Ley de 1910, aún deja mucho que desear para el mayor desarrollo de las compañías mexicanas.

1.2.1. Origen

La fianza llegó a nosotros como una operación típicamente civil, sin que hubiera referencia alguna en nuestros primeros códigos de comercio, ni en el último vigente desde 1889. Así, en el año de 1895 por una necesidad del Estado

en dar facilidades a los funcionarios y empleados públicos que estaban obligados a garantizar su fiel y honesto desempeño, el 3 de junio del mismo año, expidió el decreto que fija las bases para otorgar concesiones a compañías de fianzas en México, ya que estos trabajadores se veían imposibilitados a proseguir con su desempeño, porque a los familiares o amigos a los que acudían, o bien, se negaban a cumplir el favor, o no eran personas de notoria solvencia que tuvieran bienes para garantizar dicha responsabilidad.

La fianza tomada entonces bajo el enfoque puramente civil, sirve como fundamento de la fianza mercantil.

El Código Civil de 1928 en su artículo 2794, estableció lo siguiente:

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

Si la fianza es un contrato, como lo regula el Código Civil, es necesario por la naturaleza de nuestra investigación establecer, qué es un contrato de fianza, al respecto señala Miguel Ángel Zamora Valencia.

"El contrato de fianza es aquél por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla

con su obligación." 6

La definición mencionada, no deja lugar a dudas sobre la naturaleza jurídica de la operación, por lo expresado en el artículo enunciado. Sin embargo, esta categórica afirmación del artículo 2794 sólo es aplicable a la fianza que nace de contrato ya que las legales y las judiciales surgen a la vida jurídica mediante una fuente que en el concepto de Efrén Cervantes Altamirano es diferente a la convencional. 7

El mismo tratadista sobre las características de la fianza civil, agrega que:

"Es un contrato accesorio. Esto significa que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente".

El que sea un contrato accesorio también hace referencia a que es un contrato de garantía, ya que se celebra para garantizar el cumplimiento de la obligación de la cual depende su existencia.

Las consecuencias jurídicas que se originan del carácter accesorio de la fianza son múltiples, y algunas de ellas son las siguientes:

6 ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 2ª edición. Editorial Porrúa México, 1985. P. 273.

7 CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. P. 104.

a) La inexistencia de la obligación garantizada, origina la inexistencia de la fianza (artículo 2797).

b) La nulidad absoluta o de pleno derecho de la obligación garantizada, origina la nulidad de la fianza (artículo 2797).

c) La declaratoria de nulidad relativa de la obligación garantizada, origina la extinción de la fianza; No obstante, puede válidamente garantizar una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado (artículo 2797 en relación con los artículos 2228 y 2230).

d) La extinción de la obligación garantizada origina la extinción de la fianza (artículo 2842).

e) La cesión del crédito garantizado con la fianza origina la transmisión del derecho accesorio que se genera por el contrato de fianza en favor del acreedor (artículo 2032); pero la cesión de la deuda no origina la transmisión del indicado derecho accesorio (artículo 2055).

f) La interrupción de la prescripción de la obligación garantizada, interrumpe la prescripción de la obligación del fiador (artículo 1172) ⁸.

⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. P. 273 y 274.

Jurídicamente y de conformidad con el Código Civil (artículo 2795), las distintas clases de fianzas pueden ser las siguientes:

Legales. Se indica que la fianza es legal, cuando debe darse por disposición de ley, artículo 2850.

Judiciales. La fianza es judicial cuando deba otorgarse en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente. Artículo 2850.

Así, en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, puede decretarse que éste consista en hipoteca, prenda, fianza o depósito.

Convencionales. La fianza es convencional, "cuando la obligación de otorgarse deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contraten Acreedor y Fiador, aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal. 9

Gratuitas. La fianza es gratuita, cuando el fiador no recibe del fiado una contraprestación por la obligación que asume, es decir, el fiador responderá de una obligación sin recibir remuneración o pago alguna por el favor que va a hacerle al fiado, de salir en su auxilio para cumplimentar cierta obligación.

9 CONCHA MALO Ramón. La Fianza en México. Editorial futuro Editorial, S.A. de C.V., México 1988, P. 49 y 50.

Oneroso. La fianza es onerosa, cuando el fiado da una contraprestación al fiador por la obligación que éste asume, la onerosabilidad consiste en que el fiador recibe una remuneración o un pago (principalmente del deudor o fiado) para que asuma la responsabilidad de cumplir con la obligación que en determinado momento no pueda cumplir el fiado o deudor principal, cabe destacar que en este caso no se trata de un favor hecho por el fiador, ya que a cambio de asumir el cumplimiento de una obligación que no se pueda cumplir, se le pagará dicha prestación.

Mercantiles. La fianza es mercantil, cuando la otorga una Institución de Fianzas, cuando se relacionen con el comercio marítimo, cuando se celebren entre comerciantes o banqueros si no son de naturaleza esencialmente civil o probando que derivan de una causa extraña al comercio.

Civiles. La fianza es civil cuando sea otorgada por personas físicas o compañías, en forma accidental en favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncie públicamente y que no se empleen agentes que las ofrezcan (artículo 2811).

Para nuestro estudio, nos vamos a dedicar a la fianza onerosa mercantil.

La fianza onerosa mercantil es un contrato bilateral y accesorio, a

excepción de las fianzas penales y las de fidelidad, ya que la responsabilidad del fiador existe aún antes de existir la obligación principal, esto porque existe mandato judicial que contempla la expedición de estas fianzas o porque el otorgamiento de dicha fianza viene a asimilarse a una condición resolutoria. ¹⁰

Extrañamente: "Los Códigos de Comercio de 1854 y 1889 que se inspiraron fundamentalmente en el modelo español de Saiz de Andino de 1829, promulgado durante el reinado de Fernando VII, regulaban por su parte la fianza mercantil y a veces le dan ese carácter porque la misma garantiza una obligación mercantil (criterio de accesoriadad) o bien porque los que la celebran, fiador y acreedor, son comerciantes (criterio objetivo). En ninguno de los dos ordenamientos comerciales se va contra la doctrina general civilista de la fianza o contra sus principios rectoriales, muy por el contrario, respetan la tradición latina". ¹¹

Sin embargo el Código de Comercio de 1889 no reguló la fianza y en ninguna parte de la exposición de motivos, ni de los antecedentes legislativos al respecto se explican las causas de tal omisión. Tal vez esto se deba a que ya se tenía la idea de considerarla como actividad de carácter profesional reservada a compañías especializadas.

¹⁰ *Ibidem*. P. 47.

¹¹ CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. Op. Cit. P. 106.

En consecuencia, podemos concluir considerando que es así como aparece desde los tiempos más lejanos, la figura jurídica de la fianza llega al campo del Derecho latino con la característica que resumimos de la siguiente manera:

Contrato accesorio de garantía.

Se trata de un contrato, puesto que se requiere la expresión del consentimiento de las partes que en ella intervienen. En la fianza civil y en la mercantil (anteriores a la fianza conocida como de empresa) el contrato de referencia se celebra siempre entre el fiador y el deudor principal o fiado para garantizar el cumplimiento de una obligación principal contraída previamente entre el deudor principal y el acreedor; esto nos permite afirmar que la fianza por estar vinculada a un contrato principal, resulta ser un Contrato Accesorio, cuya existencia no puede suponerse sin la existencia previa del contrato que garantiza y tiene por objeto imponer la obligación al fiador de pagar por el deudor, en caso de que éste incumpla ante el acreedor.

En otras palabras, se otorga o se constituye la fianza para garantizar el cumplimiento de la conducta ajena, pero como es obvio, no para evitar que esa conducta llegue a producirse, porque el que se garantiza con fianza, lo hace precisamente para ponerse a cubierto de las consecuencias del incumplimiento y no para tener la certeza del cumplimiento de tal conducta.

1.2.2 Desarrollo

Para fundamentar el desarrollo de la fianza en México, vamos a realizar un desglose de las distintas leyes que han reglamentado tal figura; Haciendo evidente que no profundizaremos o discutiremos sobre las equivocaciones o aciertos de tales leyes, simplemente mencionándolas como base de lo que hoy se conoce como la Institución de fianza.

El primer antecedente que regula a las Instituciones de fianzas en México lo encontramos en el decreto del 3 de junio de 1895, en el cual el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos autorizó al Ejecutivo para que en el periodo de receso de ese año, otorgara concesiones a compañías nacionales o extranjeras legalmente constituidas, a fin de que practicasen habitualmente, operaciones de caución por el manejo de funcionarios, empleados, dependientes y en general de toda clase de personas que tengan responsabilidad pecuniaria, ya sea porque hayan tenido una dirección administrativa o de conservación de intereses públicos y privados en favor del Gobierno Federal y de los Estados, Distrito Federal y Municipio, también los que hayan tenido puestos similares en corporaciones, compañías o caucionen a cualquier individuo de la República. ¹²

Consideramos que es trascendente el comentar que es necesario primero,

¹² CAMARA DE DIPUTADOS, Exposición de motivos, Diario de los Debates, México, 23 de mayo de 1895.

ver como se integraban las empresas que se dedicaban a otorgar fianzas mercantiles, y como operaban.

Tenemos en primer lugar, que necesitaban para operar de la autorización del Gobierno Federal, autorización que se concede a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y que sólo se otorgaba dicha autorización a las empresas constituidas en forma de sociedades anónimas de capital fijo.

Ahora bien, fue desde este decreto, donde la Secretaría de Hacienda calificó la solvencia y créditos a las compañías que solicitaron la concesión; también en este decreto se reguló el depósito en dinero o plata mexicana en garantía de su debido cumplimiento, depósito que debía de hacerse en la Tesorería General de la Federación por la cantidad de cien mil pesos.

"Con objeto de obtener la autorización antes dicha, la futura compañía debía presentar ante la Secretaría de Hacienda una solicitud acompañada del proyecto de escritura constitutiva de la sociedad, que debía haberse otorgado ante Notario Público, a más del comprobante de haber constituido en el Banco de México o en la Nacional Financiera, B. A., un depósito del 10% de su capital mínimo. Si la Secretaría otorgaba la autorización, lo comunicaba así al Registro Público del Comercio, para que éste procediera desde luego a la inscripción de la sociedad, sin necesidad de mandamiento judicial alguno. Una vez inscrita, le era

devuelto el depósito constituido y poder comenzar sus operaciones.

El capital mínimo con que debía contar esta clase de empresa, era de doscientos cincuenta mil pesos por cada ramo de fianzas en que operara la compañía¹³.

El monto de las operaciones de cada compañía estaba limitado por la suma de cincuenta veces su capital y reservas, no pudiendo en ningún caso excederse.

Posterior al decreto del 3 de junio de 1895 ya mencionado, en el año de 1910 el día 24 de mayo, se expidió la ley que establece las reglas a que deben sujetarse las compañías establecidas y que sean autorizadas para expedir fianzas en favor de la hacienda pública federal, y aunque es similar al decreto antes mencionado, esta ley amplió los renglones en los cuales las compañías de fianzas podían otorgar garantía, tanto para el manejo de funcionarios y empleados como para responder por el pago de derechos, contribuciones, impuestos, rentas y multas, así como para garantizar las obligaciones y responsabilidades.

“Ahora bien, el artículo 1º de la ley señala las distintas clases de fianzas que podían ser otorgadas por empresas, encontramos que éstas podían ser:

I.- Fianzas para caución de personas que tuvieran a su cargo la

¹³ RUIZ RUEDA, Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. 4ª edición. Editorial Iberoamérica. México, 1960. P. 112.

administración o el manejo de fondos o bienes públicos o privados;

II.- Fianzas ante autoridades judiciales;

III.- Cualesquiera otras."

En seguida un mes después, a decir, el 24 de junio del mismo año, se emitió el reglamento de fianzas de la ley del 24 de mayo, y que fundamentalmente regula la fianza de fidelidad a favor de la entidad federativa, la cual, tenía como características principales:

a.- Que las fianzas se extendieran en forma de póliza.

b.- Que la responsabilidad de las compañías se limitara a lo que expresaban sus propios términos.

c.- El plazo de las fianzas que otorgaban las compañías eran de un año y su exigibilidad duraba el tiempo que se extendieran y tres años después.

Es importante señalar que al evolucionar las fianzas de fidelidad, apareció en el vecino país, hacia el año de 1928, un tipo especial de fianza, la fianza de posición.

La fianza de posición, respondía por lo mismo que respondía la fianza de fidelidad, con la diferencia muy importante, de que mientras la póliza de fidelidad

cubría el desfalco causado por un individuo particular, designado en la misma póliza, la póliza de posición cubría el desfalco causado por cualquier persona que ocupara un puesto determinado y designado en la póliza.

Así pues, el acreedor a fin de cobrar el desfalco a la compañía fiadora, debía demostrar que ese desfalco se debió a la infidelidad del empleado que ocupaba el puesto cubierto expresamente por la póliza.

"Esta clase de fianza se otorgaba únicamente a las empresas importantes, y sólo para ciertos puestos. Debían ser empresas con muy buena reputación moral, y cuyos empleados no fueran frecuentemente cambiados. Los puestos cubiertos, eran siempre puestos importantes, y de empleados ejecutivos.

Esta clase de fianzas se llevaba a cabo de la siguiente manera, se cubría por una póliza de posición que no es si no el documento que expide la compañía de fianzas, pongamos por caso, al puesto de cajero de un banco, el cual era ocupado indistintamente por dos o tres individuos. Cuando uno de ellos, por cualquier motivo, dejaba de prestar sus servicios al banco, el nuevo cajero nombrado en su lugar, quedaba desde el momento de su nombramiento automáticamente cubierto". 14

14 LUIZ RUEDA, Luis. La Fianza de Empresa en favor de terceros. 2a. edición. Editorial Pino. México, 1956. P. 219.

Por lo que respecta a nuestro país, aproximadamente quince años después, el 11 de marzo de 1925 se expidió una nueva Ley de Compañías de Fianzas, la cual tenía como características principales, la de contemplar a las afianzadoras como instituciones de crédito. Aunque era similar a la anterior en la forma de operar y en los servicios que iba a prestar, introdujo como novedad que las compañías afianzadoras deberían adoptar la forma de Sociedad Anónima con un mínimo de 7 socios.

Esta Ley dentro de sus preceptos manejaba tres capitales mínimos que debían de tener para formarse como instituciones de fianzas, los cuales eran de 90 mil pesos para expedir toda clase de fianzas a favor de la Hacienda Pública, Gobierno del Distrito Federal, Territorio Federal y Municipal; de 150 mil para expedir toda clase de fianzas en el Distrito y Territorios Federales, a favor de particulares, fueran individuos o sociedades; y de 250 mil para expedir fianzas judiciales ante los tribunales federales o tribunales del fuero común del distrito y territorios federales. Dicha Ley señalaba que las compañías de fianzas formarían un fondo común de reserva con el 10% de sus utilidades netas anuales, así como un fondo de reserva de premios por fianza en vigor; algunas de las diferencias de esta Ley era señalar que la autorización fuera otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, situación que acontecía por primera vez, la cual se publicaba en el Diario Oficial de la Federación, siendo este trámite propio de la Secretaría de Hacienda, ya que con anterioridad dicha autorización la

otorgaba el Ejecutivo Federal por medio del funcionario designado para ello; por otra parte, también estableció como causas de revocación de la autorización la falta de acreditación de las cantidades requeridas como garantías.

La vida jurídica de la mencionada Ley de 1925 fue sólo de un año, ya que el 31 de agosto de 1926 se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios; contemplando en todo su capítulo IX a las Instituciones de Fianzas que hasta ese momento eran consideradas como Instituciones de Crédito, según su artículo primero transitorio.¹⁵

"Por ese tiempo se extienden en México dos clases de fianzas de fidelidad, es decir, la fianza de fidelidad individual y la fianza cédula. La primera era aquella que se celebraba entre la compañía fiadora y el acreedor para garantizar la fidelidad de ciertas personas que trabajaran con este último; la fiadora se obligaba a pagar al acreedor; hasta determinada cantidad, cualquier suma de dinero o valores que perteneciera al acreedor o que éste tuviera bajo su responsabilidad, y de cuya falta resultare responsable el fiado. La responsabilidad asumida era para los casos en que el fiado, por sí o en convivencia con otros, robara, defraudara, estafara o cometiera abuso de confianza o algún otro delito intencional contra

¹⁵ SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dirección General de Crédito, Legislación Sobre Fianzas, México, 1958. P. 55

la propiedad del acreedor, o que éste le hubiera confiado. El acreedor a su vez se obligaba a dar aviso a la fiadora dentro de un término determinado después del descubrimiento, de cualquier faltante de que fuera responsable el fiador; a presentar a la fiadora, también dentro de un término previamente determinado, una reclamación por escrito, en la que se especificarían las partidas y fechas de las pérdidas y en la que se dieran todos los informes y datos que se tuvieran; también se obligaba a proporcionarle todos los elementos que la fiadora solicitara para comprobar la procedencia de la reclamación; así como a proceder contra el fiado civil o penalmente.

Por lo que toca a la fianza cédula, difiere de la individual en que la fiadora se obliga a pagar al acreedor cualquier suma de dinero o valor, es de cuya falta resultare responsable cualquier empleado de los que se enumerará en una cédula que se adjuntará al contrato ".¹⁶

Ahora bien, se creía erróneamente, que la fianza de fidelidad garantizaba la honradez del empleado, esto era y es falso, nadie podía asegurar que un individuo será honrado durante determinado tiempo. Lo único que se garantizaba en la póliza, es que si el empleado era culpable del desfalco o de la pérdida, ese desfalco o esa pérdida, eran cubiertos hasta donde alcanzaba el monto de la

¹⁶ LUIZ RUEDA, Luis. Op. Cit. P. 223.

póliza. Esto implicaba como se ve, un enorme beneficio para la empresa, que se encontraba cubierta de las pérdidas o desfalcos de sus empleados.

"La forma standard de fianza de fidelidad emitida por la Asociación de Banqueros de los Estados Unidos, se limitaba a cubrir únicamente a los empleados especificados en una cédula adjunta, y solamente los cubría hasta por la cantidad que a cada uno de ellos correspondía; de modo que la cantidad que cubría a cada uno, solamente podía aplicarse a las pérdidas o desfalcos causados por el empleado que correspondía".¹⁷

En realidad, la póliza de fidelidad emitida por la Asociación de Banqueros de los Estados Unidos, era muy parecida, si no igual, a la que emitían las compañías mexicanas de la época.

Prosiguiendo con el estudio del desarrollo de la fianza en México y como consecuencia del incremento de la misma, sé amplio la experiencia señalando nuevas orientaciones, provocando la expedición de diversas circulares y decretos, los cuales sirvieron para elaborar la ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares. De dicha exposición tenemos que el 28 de diciembre de 1933, surgió la disposición que tendía esencialmente a expedir a las compañías extranjeras no autorizadas por el gobierno federal, la contratación de

¹⁷ *Ibidem* p. 225.

fianzas, autorizando a no cubrir las pérdidas que resultaran de actos de personas residentes en el país, no debemos olvidar que durante esa época en nuestro país se dio de manera generosa la explotación de los recursos naturales de nuestra nación, por compañías extranjeras sobre todo en el campo de la extracción de petróleo; Sin olvidar que ya se gestaba la expropiación de la misma.

Enseguida, con fecha 1° de marzo de 1939, se expidieron las disposiciones generales relativas a calificar las fianzas, y que en su punto número dos mencionaba que la Tesorería de la Federación tenía atribuciones de inspección y vigilancia para calificar y aceptar las garantías otorgadas, debiendo comprobar que las garantías conservaban los requisitos indispensables para admitirlas.

Posteriormente el 15 de abril de 1940 se dictaron disposiciones generales relativas al reafianzamiento y contragarantía, en donde se consideró especificar las contragarantías para los casos excepcionales: es así como el 26 de junio del mismo año, se hace aclaración al acuerdo por el cual se reformaron las disposiciones que debían observar las compañías de fianzas, mencionando que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinaría en cada caso, el monto de la contragarantía y haría la calificación de valores.

Hacia el 19 de febrero de 1941 se adicionó uno de los puntos relativos a las disposiciones generales del 15 de abril de 1940, no siendo precisa la constitución

del depósito o de la hipoteca, cuando una empresa establecida en la república presta la contragarantía.

Dada la importancia de la fianza en conjunción al crecimiento de los negocios que requerían los servicios de una Institución de Fianzas, el Congreso se abocó al conocimiento del problema y decreto la Ley de Instituciones de Fianzas el 31 de diciembre de 1942, en la exposición de motivos, tomados del diario de los debates de la Cámara de Diputados del 28 de diciembre de 1942, se indico que la fianza se asemeja al seguro cuando se otorga para caución de personas que tienen a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos y privados, pero no cuando lleva por objeto garantizar el cumplimiento de otro tipo de contratos u obligaciones, en estos últimos casos; las compañías de fianzas no asumen ni distribuyen los riesgos, sino que simplemente se limitan a prestar un servicio mediante el examen de las contragarantías que les permitan constituirse en obligadas directas frente al acreedor en la operación; este proyecto por lo tanto, abandonó la clasificación de 1925, hecha en función del beneficiario de la garantía para apoyarla en la naturaleza de la operación de fianza, no desde el punto de vista jurídico, no intrínsecamente, aunque conservando como una categoría especial de la fianza, ante autoridad judicial, por la particularidad que de todas maneras la intervención de las autoridades presten a las garantías que ante ellas se constituyen.

Por otra parte, dicha Ley debía de cuidar que la actividad de las compañías de fianzas no invadiera la actividad y el campo de las Instituciones de Crédito y por eso, siguiendo la opinión del Banco de México se les prohibió emitir fianzas en favor de avales.

De las experiencias obtenidas de las Instituciones de Crédito y seguros se fijan las bases generales del control hacia las Instituciones de Fianzas, de este modo, al encontrarse en un estatuto aparentemente privilegiado, se compensa, desde el punto de vista del interés público, mediante una serie de responsabilidades y limitaciones, de entre las cuales se encuentran:

- a.- Fijar una proporción entre el volumen general de sus negocios y obligaciones y, su capital y reservas, así como, las sanciones drásticas aplicables en el caso de infracciones a la Ley.

- b.- En el artículo 3º se reservó por primera vez a las Instituciones de Fianzas el uso de las denominaciones de las palabras FIANZA, AFIANZADOS, AFIANZAMIENTO; CAUCIÓN u otro que exprese ideas semejantes, sea en español u otro idioma, sancionándose así el uso de las palabras a las compañías que no estén debidamente autorizadas, así como ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo.

- c.- También se señala por primera vez la posibilidad de traspasar la cartera de

institución a institución, la transformación o la función de dos o más instituciones, previa la autorización de la Secretaría de Hacienda.

En el artículo 123 de la Ley de 1942 se definió la naturaleza mercantil de las operaciones realizadas por las Instituciones de Fianzas, es de llamar la atención la facultad de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para interpretar en el ámbito administrativo dicha ley y digo que es de llamar la atención por que esa facultad se ejercía mediante disposiciones generales publicadas en el Diario Oficial de la Federación, los que puede involucrar una facultad de naturaleza legislativa.

En sus artículos transitorios señalaba que mientras no se legislara en materia de contratos de fianzas onerosas, éste sería regido por la legislación mercantil y por el título 13 de la 2ª partida del libro 4 del Código Civil para el D.F., por lo que se consideraba a los contratos de fianzas onerosa como actos de comercio, salvo cuando se celebran ocasionalmente. Dicha ley no entró en vigor hasta el primero de junio de 1943, según decreto del 30 de marzo del mismo año.

El primer decreto que adicionó y reformó, aclaró algunas disposiciones y corrigió algunos defectos y omisiones de la Ley de 1942, fue el del 11 de febrero de 1946, señalando en su artículo 77 que dentro de las funciones de vigilancia que la Ley le confería a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podía expedir los

reglamentos y dictar las disposiciones, que dentro del ámbito de esa Ley serían necesarias y convenientes para el desarrollo de las operaciones sistemáticas de fianzas onerosas o para el mejor control y vigilancia de las empresas.

Por el cúmulo de trabajo de la Secretaría de Hacienda y en apoyo a ésta, el 12 de junio de 1943 se expidió el reglamento de la comisión consultiva de fianzas, que tenía como propósito, auxiliar a la Secretaría de Hacienda en las funciones procesales como son: - las controversias, las que surgen entre una institución de fianzas y el fiado o el acreedor; como su nombre lo indica, tenía el carácter de cuerpo consultivo de la dirección de crédito hasta llegar a un estado de resolución.

Fue hasta el 30 de diciembre de 1946 cuando la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942 sufrió otras modificaciones a sus normas básicas, como lo es el aumento del capital mínimo de las instituciones, fue en esa reforma donde el reafianzamiento se encuadro dentro de la figura de la fianza, lo que evitó se considerara como reaseguro, operación que se debía contratar en el extranjero en ciertos casos.

Otro decreto que modificó la Ley de Instituciones de Fianzas fue el del 22 de enero de 1949, en el cual se simplificaron los procedimientos que los acreedores debían de seguir para hacer efectivas las fianzas, por otra parte, sostuvo que las instituciones no deberían expedir garantías riesgosas sin tener cobertura

suficiente, estableciéndose así las reservas de técnica de riesgo, que se formaban con el 50% de las primas brutas y las reservas por reclamación. Al referirse al contrato de fianza onerosa, las instituciones de fianza deberían probar por escrito y expedir a los interesados una constancia en forma de póliza.

En razón de que la Ley antes referida sufrió muchas reformas proyectadas a dar soluciones a los problemas que la realidad fue presentando, sin embargo, la experiencia de los últimos años vino a demostrar la necesidad de proceder a una revisión completa de la legislación en esta materia, buscando un perfeccionamiento en los sistemas de operación y procurar un mejoramiento en la estabilidad económica y en la liquidez de las instituciones.

Con estos objetivos se logró consagrar el decreto del 26 de diciembre de 1950, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre del mismo año, abrogándose la Ley de Instituciones de Fianzas del 31 de diciembre de 1942, así como sus reformas y disposiciones reglamentarias. ¹⁸

Verdaderamente, la nueva Ley no cambió la estructura y esencia del régimen del contrato de fianza, fundamentalmente reprodujo las reglas contenidas en la sección primera de los artículos transitorios de la Ley abrogada, resaltando

¹⁸ SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Op. Cit. P. 203.

de esta Ley de 1950 es que se excluyó de su reglamentación a las fianzas otorgadas por instituciones de crédito.

Así mismo en esta Ley se citaron perfectamente las garantías de recuperación económica, ya que la existencia primordial de las empresas de fianzas es la solvencia económica que la presente Ley les implanta, por tanto, no se exigía garantía tratándose de fianzas de fidelidad, por operar con una técnica parecida a las de las compañías aseguradoras.

Fue hasta el 26 de diciembre de 1953 cuando la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 se reformó en su aspecto operativo, por lo que en sus reformas se produjeron medidas de control para regular el volumen de responsabilidad a cargo de las mismas, sobre todo en lo relativo al requerimiento de pago, ya que este procedimiento era más expedito, en donde las entidades públicas tenían la presunción de proceder al cobro, o requerimiento que se hiciera contra las empresas fiadoras.

Con la finalidad de que los recursos de las Instituciones de Fianzas contribuyeran más eficazmente a la resolución de los problemas de la colectividad, se hizo necesario cambiar el régimen de inversión de estas empresas, por lo que el 29 de diciembre de 1956 se estableció la obligación de invertir cuando menos el 10% de su capital, reservas de capital, reservas de fianzas en vigor y en previsión,

a efecto de que una parte importante de los recursos de las instituciones de fianzas se canalizaran a la construcción de habitaciones populares, logrando así que el Instituto Nacional de la Vivienda contara con el apoyo económico para la ejecución de su programa. Con este propósito quedó previsto en el artículo 14, que el conjunto de responsabilidades que asumiera una institución mediante el otorgamiento de fianzas, no excedería del límite que le correspondiera, estableciendo así, el 12 de noviembre de 1957, un reglamento que asentaba las bases para calcular el límite: a tal efecto señaló que del total de las primas retenidas por las instituciones de fianzas en cada ejercicio, por el conjunto de responsabilidades contingentes que provinieran de la expedición de fianzas, no podría exceder del 100% de sus recursos; entendiendo para tal efecto como: A) Primas retenidas, la suma de las primas brutas y las primas de reafianzamiento tomadas, menos las primas devueltas y las primas de reafianzamiento cedidas. B) Recursos, la suma del capital pagado, las reservas de capital, los sobrantes de ejercicios anteriores, y las reservas de previsión y contingencia. ¹⁹

Para que las Instituciones de Fianzas pudieran lograr una superación en la prestación de sus servicios a través de organismos auxiliares, el 27 de diciembre de 1963 se modificó, adicionó y reformó la Ley en sus artículos 4 bis, 24 y 74, haciéndose necesario permitir que as instituciones de fianzas se organizaran en

¹⁹ *Ibidem*. P. 265.

consorcios, quedando sujetos a la vigilancia e inspección del Estado.

En beneficio del público que requería de los servicios de fianzas se facilitó el otorgamiento de una de las garantías de recuperación que técnicamente requerían estas instituciones para poder prestar ese servicio, como es la prenda de bienes distintos al dinero y valores, y que resultó poco práctico, al exigir que los bienes queden en poder del acreedor, haciéndose necesario proceder a establecer que la prenda de esa clase de bienes se pudiera constituir conservando el otorgamiento en poder y en calidad de depositario de los bienes objeto de la misma, evitando de esta manera que esas personas tuvieran que prescindir del uso y demás beneficios que la posición de los bienes les pudieran proporcionar.

Las reformas y adiciones a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 23 de diciembre de 1965, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre del mismo año, señalaban en su artículo 3º "que los gobiernos y dependencias oficiales extranjeras, entidades financieras del extranjero o agrupaciones de personas extranjeras físicas o morales, no podían participar en forma alguna en el capital de las instituciones de fianzas, sea directamente o a través de interpósita persona", dando como resultado según el artículo 111-bis a la infracción de dicho precepto, por lo que se perderían las instituciones de fianzas de la participación del capital en favor del gobierno federal, por otro lado, dentro de

los artículos transitorios se facultó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para solicitar de las instituciones de fianzas los informes y pruebas que le solicite, con relación a su patrimonio, organización y operación, estando las instituciones obligadas a rendirles dichos informes y pruebas, así como a recibir las visitas de inspección que se procedan a practicar.

En la reforma del artículo 74, iniciativa del 24 de octubre de 1974, se estableció la igualdad que tenían las Instituciones de Fianzas ante cualquier otro sujeto de los que señala la Ley General del timbre, por lo tanto, no podían ser gravadas de ninguna forma por los estados, municipios y Distrito Federal, en cuanto a sus operaciones de fianzas, ingresos o utilidades que por los mismos conceptos obtengan.

Tres años después de las reformas del 3 de diciembre de 1977, las instituciones de fianzas gozarían de menos tiempo para cumplir sus obligaciones por las garantías dadas en fianza, siendo este de tan solo treinta días; por otro lado, las garantías de crédito a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados, Municipios y organismos descentralizados se extinguían por prescripción en el término de cinco años; dichas disposiciones tuvieron una vida muy corta, ya que el 29 de diciembre de 1978 se volvió a reformar el artículo 120 de la Ley de fianzas, generalizando en lo sucesivo a que prescriben en tres años las acciones que se deriven de la fianza.

Por decreto del 28 de diciembre de 1981 se reformó y adicionó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dicho decreto no modificó en esencia el contenido de los artículos, ya que tan solo los reordenó en los capítulos respectivos, haciendo más fácil el mecanismo que se tiene que seguir para constituir, organizarse y funcionar u operar como Institución de Fianzas, dentro de esta reforma, tenemos que en el artículo 70 se contempla la forma de solicitarle al gobierno federal, representado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público una concesión para organizarse y funcionar como empresa de fianzas, implantándose por primera vez los requisitos como son:

- a) Proyecto de escritura constitutiva.
- b) Plan de actividades con capital social inicial.
- c) Ámbito geográfico y programa de operaciones técnicas.
- d) Colocación de fianzas y organización administrativa.
- e) Comprobante del 10% del capital mínimo con que debe ~~de~~ operar, realizado en nacional financiera.

A diferencia de las anteriores leyes, dichas autorizaciones se otorgaban en principio a las empresas ya constituidas, empresas que quisieran practicar el afianzamiento, posteriormente se otorgaba a las empresas constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable, sin exigirles requisito alguno en cuanto a la administración que deberían de llevar a la práctica en todas sus

operaciones. La concesión dada a las Instituciones de Fianzas constituidas a partir de diciembre de 1981 estaba condicionada a que su organización y su operación diera comienzo en un plazo de tres meses, a partir de haber sido aprobada la escritura constitutiva, por lo cual, si no se cumplía dicho plazo se revocaría la concesión.

Dentro de las reformas realizadas en diciembre de 1981 se cambiaron las denominaciones de los títulos I, II, III, así como las denominaciones de los capítulos de dichos títulos. Dentro del capítulo primero, en lo que se refiere a la organización se permitía a las instituciones de fianzas, por primer vez, estar funcionando entre sí, estando constituida tan solo como sociedades anónimas de capital fijo; también es en este primer capítulo donde se contemplaba por primera vez que ninguna persona física o moral podrá ser propietaria del más del 15% del capital pagado de una institución de fianzas.

Dentro del capítulo II de las operaciones que podían realizar las Instituciones de Fianzas, se les autorizó para contratar reafianzamiento o reaseguro con empresas que operen en el extranjero, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con la posibilidad de revocarles la autorización respectiva si no tuvieran esa autorización, según el criterio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la gravedad del caso.

Por decreto del 24 de diciembre de 1982 se reformaron los artículos 75, 76 y 77 de la Ley en cuestión, en los cuales señalaban que las instituciones de fianzas eran organizaciones auxiliares de crédito, siéndoles aplicables las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, correspondiéndole la inspección y vigilancia a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Nacional Bancaria.

Otro decreto que reformó y adicionó la Ley de Instituciones de Fianzas de 1950, fue el del 20 de diciembre de 1984, publicado diez días después, en la cual, se hizo una reforma importante, al dejar de contemplar a las Instituciones de Fianzas como organizaciones auxiliares de crédito, reformando el artículo primero de dicha ley. Por otro lado, dicha reforma cambio el monto de las multas, ya que en lugar de fijar una cantidad en dinero, se fijaron multas en días de salario mínimo por las infracciones a la Ley en cuestión, como sanciones administrativas.

En las reformas a la Ley de Instituciones de Fianzas de 1950, decretadas el 28 de diciembre de 1989, se menciona por primera vez a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, ya que como organismo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se creó con el propósito de controlar a las instituciones de fianzas en todo lo relativo a su constitución, organización y funcionamiento, sustituyendo la función que realizaba la Comisión Nacional Bancaria de Seguros; dichas reformas cambiaron algunas palabras con el

propósito de aplicar correctamente la terminología, así tenemos, que lo que anteriormente se conocía como concesión dada a las empresas que trabajaban con fianzas, en esta reforma se llamaría autorización: en otro punto, para que las instituciones de fianzas se apegaran a todos los ordenamientos que contemplaba la ley, fue necesario elevar las sanciones que administrativamente aplicaba la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por decreto del 1º de julio de 1993, se reformaron, adicionaron y derogaron varias disposiciones de la Ley de Instituciones de Fianzas, en donde se contemplaba al reafianzamiento como una autorización más que otorgaba el Gobierno Federal, por otro lado, una institución también podía ser constituida como sociedad anónima de capital variable, en la cual, para que estuvieran mejor protegidos los que se servían de este servicio, fue necesario dictar normas más severas que hicieran posible controlar, aún mejor, a las instituciones de fianzas, en su aspecto operativo-administrativo. Es en estas reformas donde en un artículo se mencionaron todas las operaciones que podían realizar las instituciones, incluyendo, aquellas que tienen por objeto elevar las ganancias por inversiones, así como apoyar los fines sociales.

Una de las últimas reforma a la ley de 1950, fue publicada el 17 de noviembre de 1995, la cual tenía como propósito ampliar los márgenes para poder participar en las ganancias de una institución de fianzas, ya que se autorizaba a

las instituciones Financieras del exterior para ser propietarias de más del 20% del capital pagado de una afianzadora nacional, las cuales participarían en las distintas formas que señalaba la ley de instituciones de fianzas.

La última reforma a la Ley de Instituciones de Fianzas es la que se publicó el 10 de noviembre de 1999, la cual le da un carácter de observancia a esta Ley de interés público, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes, estableciendo por primera vez que las autoridades administrativas tienen entre cuatro y ocho meses, según sea el caso, para resolver lo correspondiente a cualquier trámite solicitado, entendiéndose que si transcurre el plazo aplicable se tomaran como resolución en sentido negativo para los promoventes, a menos que en las disposiciones aplicables se prevea lo contrario.

Una de las reformas mejor acertadas en este decreto es la que establece el artículo 5, ya que permite que cualquier Institución de fianzas que este en proceso de constituirse o que ya este constituida, tenga un capital mínimo pagado acorde al ramo o a los ramos, o sus respectivos subramos, que vayan a manejar, dando posibilidad de que se constituyan más empresas de este tipo.

CAPITULO II

LA FIANZA

"Los dos soportes jurídico-económicos del comercio y de la industria -que en strictu sensu es también comercio- son el crédito y el seguro. Atrás de ellos, a prudente distancia, corresponde también un importante papel en la vida de los negocios a la fianza, cuyos regímenes técnico y jurídico, cuando se realiza habitual y profesionalmente, muestran varios puntos de contacto con el seguro, a tal grado que en algunos países se operan conjuntamente". 20

El contrato de fianza, al igual que tantos otros surgidos dentro del Derecho Civil, se ha multiplicado por bipartición, de tal suerte que en la actualidad se muestra, como sus contemporáneos (compraventa, arrendamiento, préstamo, etc.) a veces en su forma original, civil, pero frecuentemente con su nuevo atuendo mercantil.

Como se ha visto, no siempre es fácil distinguir estos contratos por su atavio; y con referencia a la fianza, la dificultad se agrava por razón de su carácter accesorio, esto es, su existencia siempre accesoria de una obligación principal, de donde podría inferirse que, por mimetismo jurídico, adopta la naturaleza civil o mercantil de la relación principal.

20 DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 3ª edición. Editorial Harla, México 1989. P. 200

2.1 CONCEPTO.

Como quedó debidamente establecido en el primer capítulo, la fianza lato sensu, encuentra sustento en la legislación civil, incluso menciona las disposiciones sobre ese contrato, empero en materia mercantil, el Código de Comercio no contiene ninguna disposición al respecto.

En lo que al concepto de fianza concierne la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es totalmente omisa; incluso no por ello debe considerarse la noción civilista de la fianza para suministrarla a la fianza mercantil.

En efecto, mientras que conforme a dicho estatuto civil "la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace" rasgo, este último, que permite afirmar el carácter subsidiario de la obligación fiadora civil, en las fianzas mercantiles las empresas otorgantes "... no gozan de los beneficios de orden y exclusión, y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal..." Artículo 118 de la Ley de Fianzas.

Tal como lo señala el artículo anterior. La fianza mercantil no plantea, como si la civil, una obligación subsidiaria, sino solidaria, es decir, mientras que en la fianza civil la obligación del fiador se genera hasta el momento en que ha sido requerido el deudor a paga, incumpliendo a su obligación o cumpliendo solo en una parte; en la fianza mercantil la obligación del fiador se genera en el momento

de hacerse exigible el cumplimiento, sin ser necesario que previamente se le exija al deudor el cumplimiento de la obligación, el acreedor tiene la opción de requerir el cumplimiento de la obligación al fiador o al deudor, e inclusive solo a uno de ellos según le convenga, dando con ello una nueva fisonomía, cuyos rasgos, como se aprecian, no coinciden con los de la fianza civil. Artículos 2815, 2816 y 2817 del Código Civil.

El tratadista Arturo Díaz Bravo, respecto al concepto de la fianza señala:

"Confeccionado con sus elementos característicos, y ajustado al vigente régimen legal: por el contrato de fianza de empresa la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratantes".²¹

Ramón Sánchez Medal define a la fianza como "el contrato por el cual una persona, llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con este último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo haga".²²

Otro tratadista civilista que define y conceptúa a la fianza es Rafael Rojina

²¹ *Ibidem*. P. 204.

²² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 17ª edición. Editorial Porrúa. México, 1995. P. 457.

Villegas, que señala: "La fianza es un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace".²³

El autor Rafael de Pina Vara en su obra *Derecho Mercantil Mexicano*, no proporciona un concepto de la fianza en general, asume la definición que da el Código Civil ya mencionado. Sin embargo, establece lo siguiente: "Tienen carácter mercantil las fianzas a título oneroso otorgadas habitualmente por empresas que tengan el carácter de instituciones de fianzas".²⁴

De los conceptos antes expuestos podemos concluir que primordialmente la fianza es un CONTRATO, ya que hace que surja una obligación por parte de una persona llamada fiadora, en beneficio de otra llamada acreedor, en el caso de que el deudor principal no llegue a cumplir dicha obligación. Por otro lado también se puede apreciar que la obligación del fiador es una obligación accesoria o condicionada, ya que surge del incumplimiento del deudor principal.

Finalmente podemos concretar que la fianza es un contrato accesorio-condicionado por el cual una persona llamada fiadora se compromete con el acreedor a pagar o cumplir la obligación del deudor.

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. IV. 22a. Editorial Porrúa México, 1993. P. 241.

²⁴ DE PINA VARA, Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. 16ª edición. Editorial Porrúa México, 1983. P. 252.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de fianza crea y origina un derecho personal que debe cumplir el fiador al acreedor, ya que el primero de ellos responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes; esto es, el fiador antes de celebrar el contrato o simultáneamente, acreditó su solvencia económica, para que así, fuera aceptado por el acreedor como segundo responsable en cumplir una obligación contraída por el deudor principal, para que en el caso de que éste último no cumpliera, el fiador se hará cargo de cumplirla.

Es importante establecer la diferencia que con motivo de la naturaleza jurídica de la fianza se señala, civil es la fianza contratada entre personas físicas o morales no comerciantes, con motivo de una obligación no mercantil, pues el carácter de los sujetos y la naturaleza del negocio principal conducen a tal conclusión.

Mientras que por otra parte, las fianzas que con ciertas limitaciones pueden otorgar las instituciones de crédito, no pueden sino ser reputadas mercantiles, pues serían operaciones de bancos. Otros casos requerirán de mayor esfuerzo y, tal vez, algunos de ellos no puedan ser satisfactoriamente ubicados en uno u otro sector; Y así, ¿ qué carácter debe atribuirse a la fianza ocasional, otorgada por una sociedad no afianzadora, o por una persona física, como garantía de cumplimiento de una obligación mercantil ?.

A nuestro juicio, todas estas fianzas deben seguir la suerte de la obligación garantizada, que para tal efecto sólo puede ser considerada como civil o como mercantil; creo que tal criterio resulta acorde, no sólo con un principio de economía procesal, pues de este modo el acreedor podría demandar al deudor directo y al fiador en el mismo juicio.

2.3 CLASIFICACIÓN

Dentro del estudio de la clasificación de la fianza, vamos a resaltar las características más trascendentales de tal figura, fundamentando él por qué de la característica mencionada.

Así tenemos que el contrato de fianza es accesorio, como quedó expresado en el primer capítulo de nuestro trabajo, es un contrato accesorio, en razón de que la validez del mismo depende necesariamente de la existencia de la obligación principal.

Generalmente unilateral, porque sólo genera obligaciones para el fiador que se obliga a pagar por el deudor, también es comúnmente gratuito por sólo producir provechos para el acreedor y gravámenes para el fiador, dicho de otra forma concede al acreedor un beneficio o provecho, e impone al fiador un gravamen, sin que por ello reciba una compensación.

La gratuidad de este contrato acepta pacto expreso en contra, ya que puede pactarse un beneficio o prima a favor del fiador, en cuyo caso se convierte en onerosa y bilateral.

Excepcionalmente la fianza es bilateral y onerosa, cuando el acreedor se obliga a pagar una contra prestación por la obligación que asume el fiador, dicho de otra manera, es onerosa, en el caso de que la fianza sea remunerada, es decir, que el fiador reciba una compensación en dinero, tendrá el carácter de bilateral, ya que genera obligaciones a cargo de una y otra parte, aunque no sea interdependiente entre sí, y no produzca los efectos de un contrato bilateral, propiamente.

La fianza es consensual, porque la ley no exige para su validez de una forma determinada a excepción de las fianzas legales, judiciales y mercantiles en las cuales existe una póliza y que por su propia naturaleza deben otorgarse por escrito; finalmente la fianza es un contrato nominado por la regulación que de ella hace la ley.

2.4. ELEMENTOS ESENCIALES

Una vez analizada la clasificación de la fianza es conveniente hacer referencia a aquellos elementos que deben concurrir a su celebración para que ésta pueda realizarse y surta sus efectos plenamente.

Estos elementos son de dos tipos, los primeros son los de existencia, sin los cuales la fianza no se puede celebrar y los segundos son los de validez que constituyen aquellos requisitos que una vez que la fianza existe se deben dar a efecto de que la misma tenga plenitud en sus consecuencias jurídicas.

En el contrato de fianza los elementos de existencia son:

- a) El consentimiento.
- b) El objeto.
- c) La existencia de la obligación principal.

Respecto al primer elemento, el Código Civil vigente establece en el artículo 1794 para la existencia del contrato se requiere.

- I. Consentimiento.
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Respecto a la fracción primera del artículo en cita, la codificación en este precepto únicamente hace alusión a "consentimiento", pero en ningún momento establece lo que debe entenderse por él. Se limita a establecer lo relativo a la forma en que se debe manifestar y lo hace a través del artículo 1803 que señala:

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará

de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

Sabemos que por consentimiento en los contratos debe entenderse el acuerdo de voluntades con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Del concepto antes señalado se desprenden que es indispensable que existan por lo menos dos manifestaciones de voluntad que sean coincidentes en algún punto de interés jurídico, siendo este último en materia de contratos la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Es necesario que la voluntad que tienen las partes en celebrar el contrato, se exteriorice sea en forma expresa o tácita.

"El acuerdo de voluntades constitutivo del consentimiento se compone en una oferta o policitud y de la aceptación lisa y llana que se haga respecto de la oferta, la manifestación de voluntad en el sentido de celebrar un negocio jurídico constituye la oferta y la conformidad con ésta constituye la aceptación". 25

25 SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. P. 29.

"El contrato contiene dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas de las cuales la primera independientemente de cual sea su procedencia, se denomina oferta y la segunda, que se refiere a la oferta, se denomina aceptación".²⁶

Existen diversas reglas en cuanto a la oferta y aceptación, siendo necesario distinguir en este aspecto si se trata de personas presentes o ausentes.

En el primer caso, la oferta a una persona presente debe de ser aceptada en forma inmediata lisa y llanamente, a menos que el oferente hubiere concedido algún plazo, si la aceptación no se hace además en forma lisa y llana quedará sin efecto la oferta, considerándose como una nueva oferta la aceptación así emitida.

En el segundo caso, cuando se trata de personas ausentes, esto es, no presentes, "existen varios sistemas que pretenden establecer cuando se perfecciona el consentimiento", o sea, cuando una oferta se considera aceptada, estos sistemas a saber son:

- A).- De la declaración.
- B).- De la expedición.
- C).- De la recepción.

²⁶ ENNECCERUS KIPP, Wolff. Tratado de Derecho Civil. T.II 5ª edición. Editorial Bosh. Barcelona, España. 1966. P. 152.

D).- De la información²⁷.

Nuestro Código Civil vigente se inclina por el sistema de la recepción, el artículo 1807 señala:

“El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”.

Es así, que el consentimiento es fundamental para la existencia del contrato, ya que éste no puede nacer si no existe la voluntad de obligarse puesta de manifiesto por las partes.

Respecto al consentimiento dentro de la fianza, el mismo se forma por la manifestación de la voluntad del acreedor y fiador en forma exterior, acordando el último en pagar por el deudor si este no lo hace, la comparecencia del deudor principal es innecesaria para la celebración del contrato, permitiéndose que dicha fianza se constituya aún en contra de su voluntad.

El fiador y el acreedor deben de acordar cual es el monto que se va a pagar u obligación a cumplir, en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación, ya que sería en algunas ocasiones imposible que el fiador realice la misma conducta a que se comprometió el deudor.

²⁷ *Ibidem*. P. 155.

Con relación al objeto que constituye el otro elemento indispensable para que el contrato pueda existir, pues una vez que existe el acuerdo de voluntades entre las partes, es obvio que ese acuerdo debe versar sobre algo y esto es el objeto, elemento sin el cual un contrato no puede nacer a la vida jurídica.

Ripert establece en concordancia con otros autores como Rojina Villegas que: "un contrato no tiene objeto; tiene efectos y éstos consisten en la producción de obligaciones; son esas obligaciones las que tienen un objeto".²⁸

Por su parte Rojina Villegas, en el mismo sentido establece y aclara la situación, dice: "El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Este es el objeto de la obligación, pero como el contrato crea la obligación y la obligación tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica por razones prácticas y de economía del lenguaje, ha confundido principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato".²⁹

Al respecto nuestro Código Civil también nos habla de objeto de los contratos:

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

²⁸ RIPERT, George y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. T. III 10a. edición. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1964. P. 163.

²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 325.

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

La distinción terminológica de que se ha venido hablando, solo tiene un interés doctrinario, y por las mismas razones prácticas, seguiremos hablando de objeto del contrato.

El objeto del contrato reviste tal importancia, que si bien las partes han llegado a un acuerdo, manifestando su consentimiento o voluntad por celebrar un contrato, la razón por lo que han hecho va a recaer en forma inmediata sobre el objeto.

Al hablar de objeto del contrato, es necesario hacerlo en un doble aspecto, en que se distingue el objeto directo o inmediato y el objeto indirecto o mediato.

El objeto directo, se traduce en la conducta del deudor, la cual consiste en una prestación de dar, hacer o no hacer; y el objeto indirecto en la cosa o el hecho relativos a la conducta antes señalada.

Ahora bien, para que un objeto pueda ser materia de un contrato se requiere:

Que el objeto sobre el cual va a versar el contrato, sea posible tanto física como jurídicamente. La posibilidad física se refiere, tratándose de obligaciones de dar, a que la cosa exista en la naturaleza, en este sentido habrá imposibilidad

física para celebrar el contrato cuando no existe, ni hay posibilidad de que exista. Por otro lado, cuando se trata de obligaciones de hacer habrá imposibilidad física cuando por alguna ley de la naturaleza, la realización del hecho resulta imposible para cualquier persona, ya que si existe algún sujeto que pueda realizar la prestación no habrá imposibilidad física.

Al hablar de la posibilidad de que exista la cosa, se desprende que no se requiere que sean necesariamente cosas que existan al momento de celebrar el contrato, en este sentido el Código Civil establece en su artículo 1826 que: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato...", de esto se desprende que tanto las cosas presentes como las futuras tengan posibilidad real de existir. Aquí surge una excepción consagrada por el precepto indicado al establecer que "Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

Además de que el objeto debe ser posible físicamente, también se requiere que lo sea jurídicamente, esto es, respecto de obligaciones de dar, que la cosa se encuentre determinada o sea susceptible de determinarse y que se encuentre dentro del comercio.

La determinación de la cosa objeto del contrato puede ser en forma individual, en cuanto a su especie y en cuanto al género. Se determina una cosa en forma individual cuando se establecen las características propias del objeto, de

tal manera que se distingue de cualquier otro bien, aun siendo de la misma especie. La determinación en especie consiste en fijar al género, cantidad y calidad de la cosa, en caso de que no se fijare la cantidad de la cosa, se entenderá que es de mediana clase. La determinación de la cosa en cuanto al género, carece de relevancia para el derecho, ya que en realidad no existe una determinación precisa del objeto, verbigracia una persona se compromete a vender cereal a otra, no se establece ni que cantidad, ni que tipo de cereal por lo que el objeto va a quedar prácticamente indeterminado.

Así mismo para que la cosa sea jurídicamente posible debe encontrarse dentro del comercio, la regla general en relación con esto, es que todas las cosas están dentro del comercio y por excepción quedan substraídas algunas, como por ejemplo cabe citar: El estado y la capacidad de las personas; las sucesiones futuras; los bienes de dominio público, que son inalienables.

Podemos decir que en términos generales están dentro del comercio todas aquellas cosas susceptibles de apropiación particular.

Por lo que se refiere a obligaciones de hacer, la posibilidad jurídica se finca en que no exista alguna norma que impida de plano que la prestación tenga lugar, y por lo tanto que se integre el contrato, en este caso se trata de una norma que constituye un obstáculo insalvable para que el contrato se realice, como ejemplo tenemos la venta de armas prohibidas.

Lo anterior no se debe confundir con la ilicitud en el objeto; situación en la que el acto jurídico si llega a realizarse, ya que la norma no impide que el contrato tenga nacimiento, como ejemplo de esto podemos mencionar la venta de armas no prohibidas, cuyo objeto es asesinar a alguna persona. En conclusión el objeto será lícito cuando no vaya en contra de normas de orden público, ni de las buenas costumbres.

Dentro del contrato de fianza y después de haber desglosada la parte doctrinal sobre el objeto, el mismo es crear la hipótesis de garantía de pago, manifestada con una prestación de dar o de hacer.

El objeto directo de la fianza es la prestación a cumplir, la cual puede consistir en realizar un hecho (hacer), o entregar una suma de dinero (dar). Los únicos casos en que el fiador puede comprometerse a satisfacer la obligación del deudor, en el caso de incumplimiento de éste, son aquellos en los que se refieren al pago de cosa debida (obligación de dar); el fiador también puede asumir una obligación de hacer, cuando el hecho puede realizarse por un tercero, pues este es quien lo va a ejecutar por el deudor.

Finalmente otro de los elementos esenciales de la fianza es la existencia de una obligación principal, el cual conforma un elemento "sine qua non", no existe nuestra figura en estudio, ya que sin esta obligación no llega a existir, o no tiene a

su vez sus elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco puede tener vida jurídica. Esta obligación principal consiste en una deuda de dinero, pero nada impide que también sea una obligación de hacer o de no hacer.

Las obligaciones susceptibles de garantizar con fianza pueden ser:

a.- Una obligación que exista o que pueda llegar a existir (fianza de fidelidad), en cuyo caso no puede exigirse responsabilidad al fiador, hasta que la deuda principal sea líquida.

b.- Una obligación válida, en cuanto a que una obligación que no existe ni llegue a existir, no es susceptible de garantizarse con fianza, de igual manera no puede garantizarse con fianza una obligación afectada de nulidad absoluta; cuestión muy aparte, cuando la obligación este afectada por una nulidad relativa, ya que es posible siguiendo ciertos principios: Si la nulidad relativa es la incapacidad del deudor principal, puede garantizarse dicha obligación por medio de la fianza, ya que se entiende que el acreedor quiere cubrirse del riesgo de tener que restituir al incapaz lo que éste hubiere pagado, si se decreta la nulidad.

Respecto a la fianza vista en el aspecto mercantil, Arturo Díaz Bravo establece que "son cuatro los personajes que se requieren para la existencia de la fianza:

a) la institución afianzadora.

b) el tomador o contratante, en la ley llamado solicitante, que puede ser cualquier persona física o moral, y por supuesto, el propio fiado.

La expresión solicitante, aplicada por la ley a quien contrató con la empresa fiadora, es de una obvia impropiedad, pues al celebrarse el contrato dejó de ser solicitante para convertirse en tomador o contratante -vocablo éste ambiguo, pero que permite distinguirlo de la empresa fiadora- de la fianza;

c) el fiado o deudor principal, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, como ya se dijo, pueda protagonizar también el papel de tomador o contratante.

d) el beneficiario, carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedor de la obligación principal". 30

Pero además, existe un elemento material, que es la póliza que es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario; es en otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza.

30 DIAZ BRAVO, Arturo. Op. Cit. P. 205.

2.5 CARACTERISTICAS

Dentro de las características más destacables de la figura en análisis, resaltan las siguientes:

- a) El aspecto accesorio.
- b) La garantía personal para el cumplimiento de una obligación.

a) Respecto al aspecto accesorio de la fianza, significa que este contrato tiene existencia y validez en razón de que hay una obligación preexistente. Con relación a la validez, se hace necesario después de haber mencionado lo referente a los elementos esenciales del contrato de una forma generales, el mencionar los elementos de validez.

El citado Código Civil se refiere a los requisitos de validez en su artículo 1795 que señala:

El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

A contrario sensu, para que un contrato se celebre validamente se requiere: capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, fin o motivo determinante lícito y forma en los casos exigidos por la Ley.

Es importante observar la distinción entre los citados elementos para el caso de la sanción que le corresponde en virtud de la ausencia de alguno de ellos, situación que más adelante se analizará, por lo pronto haremos el estudio de cada uno de ellos.

CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES.

En forma genérica la capacidad es "la aptitud legal para ser sujeto de derechos y de obligaciones y hacerlos valer", la capacidad va a ser la regla general y la incapacidad, la excepción, por lo que en principio, todas las personas son capaces, exceptuando aquellas que así lo determine la Ley, por lo que cualquier persona podrá contratar si no es declarada incapaz por la ley, artículo 450 Código Civil. ³¹

³¹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 12a edición. Editorial Porrúa. México 1998. P. 392 y 393.

Cabe hacer mención que la capacidad tiene dos acepciones básicas:

1.- Capacidad de Goce y 2.- Capacidad de Ejercicio.

“LA CAPACIDAD DE GOCE. Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes.

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO. Es la aptitud jurídica para ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan y para asumir por sí mismo obligaciones jurídicas”.³²

La capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida.

La capacidad concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de toda persona. En realidad la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: “la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

“La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida

³² *Ibidem*.

jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derechos para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma".³³

En forma particular no consideramos como afirma Rojina que la capacidad de ejercicio se oponga a la capacidad de goce, si no que, por el contrario una complementa a la otra integrando una capacidad plena.

Si bien anteriormente se dijo que todas las personas tienen capacidad de goce, es importante determinar en forma efectiva, a partir de que momento se disfruta de la misma, en relación con esto se mencionan dos teorías:

La primera que establece que la capacidad de goce se disfruta desde el momento de nacer.

La segunda preceptúa que la capacidad de goce se disfruta desde el momento de la concepción, nuestro Código Civil no da un criterio determinado y tal parece que adopta una postura ecléctica al establecer en su artículo 22° que:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los

³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael Op. Cit. P. 418.

efectos declarados en el presente Código".

Ahora bien, la capacidad de ejercicio se puede adquirir por dos vías, en forma natural a la mayoría de edad y en forma anticipada por medio de la Emancipación.

La Emancipación puede tener lugar por dos sistemas, puede tratarse de Emancipación otorgada, o bien de Emancipación adquirida.

La Emancipación otorgada se da cuando quien ejerce la patria potestad la concede, mediante un procedimiento judicial en el que acredita que el menor está en pleno uso de sus facultades y en aptitud de ejercer derechos y asumir obligaciones.

La Emancipación adquirida únicamente se presenta al momento en que un menor contrae matrimonio, artículo 641 del Código Civil.

La capacidad de ejercicio puede perderse por las siguientes causas, que a su vez constituyen los impedimentos para adquirirlas, ocasionando una incapacidad general de ejercicio las cuales se encuentran previstas en la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, y son:

a).- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia (locura, idiotismo o imbecilidad), aún cuando tengan intervalos lúcidos.

b).- Los que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes.

Lo anterior tiene sus excepciones, dentro de las cuales podemos mencionar el caso relativo al Derecho Sucesorio previsto por el artículo 1307 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

"Es valido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez".

Además de las incapacidades generales antes mencionadas existen incapacidades de tipo especial, en las que se prohíbe a determinadas personas la celebración de ciertos actos o contratos, como es el caso que menciona el artículo 176 del Código Civil, en los que la mujer casada no puede celebrar ningún contrato con su esposo sin previa autorización judicial, con excepción del mandato, el de fianza para obtener la libertad del marido o el contrato de compraventa cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes.

El problema de la incapacidad en los contratos trae consigo la figura de la representación, la cual va a dar solución al mismo, en este sentido Rojina Villegas afirma que "toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero si se niega la

de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente se negaría prácticamente también la capacidad de goce".³⁴

Así entendida la representación es menester mencionar que el que es capaz "puede" ser representado por otro capaz, sin embargo, el que es incapaz "debe" de ser representado por una persona capaz. Se presenta el problema de la representación irreal esto es, cuando una persona se ostenta como representante de otro sin serlo, en estos casos el contrato o el acto jurídico será nulo relativamente, ya que podrá ser ratificado por el interesado o su verdadero representante, en caso de que no se ratifique, el afectado podrá exigir el pago de daños y perjuicios a quien se ostente como representante sin estar autorizado.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Anteriormente se expresó que el acuerdo de voluntades era indispensable para la celebración de un contrato constituyendo el consentimiento, pues si bien se ratifica el carácter necesario del mismo, también se establece que es indispensable que las voluntades que concurren a la formación del consentimiento no estén viciadas, esto es, que al momento en que se manifiesten las voluntades no se haga en forma incompleta o defectuosa.

³⁴ Ibidem. P. 449.

Así es como el artículo 1812 del Código Civil establece que "El consentimiento no es válido, si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo", en este sentido el acuerdo de voluntades que así se haya manifestado traerá consigo la anulación del contrato.

Generalmente se han establecido como vicios del consentimiento los siguientes:

- 1.- Error.
- 2.- Violencia.
- 3.- Dolo.
- 4.- Mala Fe.

Algunos autores incluyen dentro de estos a la lesión, prevista por el artículo 17 del Código Civil, la cual trae como consecuencia la nulidad del contrato o la reducción de la obligación del que se ve afectado.

1.- ERROR.- En términos generales "es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico del ser humano que está en discrepancia con la realidad o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad, pero siempre, aunque se esta en el error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo". ³⁵

³⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. Cit. P. 329.

En forma concreta el error es la incongruencia de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas, esto es, un falso concepto de la realidad.

Del estudio de los artículos 1813 y 1814 del Código Civil se desprende que existen tres tipos de error:

- a) Error de derecho.
- b) Error de hecho o nulidad.
- c) Error de cálculo.

A) *ERROR DE DERECHO: Tiene lugar cuando se desconoce el alcance o interpretación de una norma jurídica originando la invalidez del contrato, siempre y cuando recaiga sobre el motivo que lo determinó a contratar.

B) ERROR DE HECHO: Dentro de este tipo de error se establecen tres categorías y que a saber son las siguientes³⁶:

ERROR OBSTÁCULO; es de tal magnitud que impide que el consentimiento se integre, ya que en realidad no existe en ningún momento acuerdo de voluntades entre las partes, ya sea porque cada una de las partes cree celebrar un contrato diverso (ERROR-IN-NEGOTIO), o bien porque existe un error respecto de la identidad del objeto que va a ser materia del contrato (EROR IN-REM).

³⁶ Ibidem. P 332 y 339.

"ERROR NULIDAD, no impide que el consentimiento se configure, sin embargo la parte que resulte afectada podrá solicitar la anulación del contrato, sea porque el contrato se celebró en atención a que la cosa reunía determinadas cualidades consideradas por las partes como requisitos para la celebración del contrato y en la realidad no cubrieran esas características (ERROR SOBRE LA SUSTANCIA), o bien porque el motivo que determinó a contratar a las partes atendiera a las cualidades de una determinada persona (ERROR SOBRE LA PERSONA). Este tipo de error de Hecho que puede recaer sobre la substancia de la cosa, o bien sobre las cualidades de una persona, origina la nulidad del contrato en términos del artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal.

ERROR INDIFERENTE, también encuadrado como un subtipo del error de hecho, como su nombre lo indica carece de interés jurídico para la validez del contrato, ya que versa sobre circunstancias incidentales que no tienen trascendencia para la vida del mismo, por lo que en presencia o no del error, el contrato se hubiere celebrado, ya que el motivo que determinó a las partes a contratar es correcto".³⁷

C).- ERROR DE CALCULO.- También se conoce con el nombre de error de aritmética, carece de relevancia para la validez del contrato, dando lugar simplemente a una operación de rectificación y nunca a la nulidad, al respecto el

³⁷ *Ibidem*. P. 333 a 336.

artículo 1814 del Código Civil establece que "el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique; similar a esta figura de error encontramos al error material y error de concepto, que por igual no nulifica el contrato y da lugar a que se rectifique, artículos 3024 y 3024 del Código Civil respectivamente. ³⁸

2.- VIOLENCIA.- La violencia o intimidación consiste en una presión física o moral que se ejerce sobre una persona para decidirla a realizar un acto, que en otras circunstancias no lo realizaría.

Por su parte el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que "hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas, que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

De lo anterior se desprende que la violencia puede ser:

FÍSICA: Que se traduce en presiones a nivel orgánico; o

MORAL: Refiriéndose a posibles amenazadas o amagos en contra de las personas antes mencionadas que importen peligro de perder la vida, la honra, la salud, o parte de su patrimonio.

³⁸ Ibidem. P. 331.

A este respecto existe una excepción conocida con el nombre de "Temor Reverencial" prevista por el artículo 1820 del Código en cita, que consiste básicamente en el temor que puede tener uno de los contratantes en desagradar a alguien si no realiza determinado acto, sin que para esto haya mediado presión de algún tipo. Ya que del análisis de la Ley se desprende que es indispensable para que se integre este vicio del consentimiento que se actualice en forma real una presión de tipo físico o moral (amenazas) en contra de alguno de los contratantes, no importando quien sea el sujeto activo de dicha presión, integrándose esto, la parte afectada podrá solicitar la anulación del acto.

3.- DOLO.- Consiste en una conducta falta de probidad seguida por una de las partes o por un tercero con conocimiento de ésta para engañar a su contraparte.

Desde el Derecho Romano se han distinguido dos tipos de Dolo, el primero conocido como Dolo Bueno consistente básicamente en la exaltación de las características de algún producto sin que se influya en forma determinante en la voluntad del que celebra el acto.

Al respecto el artículo 1821 dispone: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo..."

El segundo tipo se conoce como Dolo Malo y es propiamente lo que la Ley establece como "Dolo" consistente en las maquinaciones utilizadas para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efectos de que celebre un contrato, en éste sentido y de conformidad con el artículo 1816 del Código Civil se producirá la anulación del contrato, salvo que ambas partes se hayan conducido con dolo al contratar, situación en la que ninguna podrá hacer valer la acción de nulidad.

4.- MALA FE.- Consiste en evitar que una de las partes se percate de que se encuentra en un error, como establece la parte final del artículo 1815 de la Ley de la Materia, se entiende por Mala Fe "... La disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". El artículo citado es criticable por dos motivos, primero sale sobrando el "una vez conocido, ya que es imposible que se oculte algo que se desconoce, por lo que en éste sentido debería quedar redactado como sigue: "... y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes".

En segundo término se critica el artículo porque mezcla el dolo con la mala fe, abarcando como dolo a la mala fe, ya que establece que el dolo consiste no sólo en inducir al error a uno de los contratantes (dolo), sino también mantenerlo en él (mala fe), por lo que sería conveniente suprimir "mantener en él" para que en conclusión quedará redactada como sigue: Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir al error a alguno de los contratantes; y mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes.

LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.

La licitud en el objeto, motivo o fin se refiere a que ninguno de ellos sea contrario a las leyes del orden público, ni a las buenas costumbres.

Al hablar de licitud en el objeto, se hace entendiendo a éste como PRESTACION, ya que como se analizó en su oportunidad el objeto tiene diversas acepciones. Por lo que entendido el objeto como prestación, el hecho o la abstención no deberán ser contrarios a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

Con relación al motivo o fin determinante de la voluntad, es necesario saber lo que se debe entender por motivo o fin: va a ser la razón subjetiva que induce a cada una de las partes a la celebración del contrato, en tal virtud puede variar de persona a persona, sin embargo el móvil que tienen las partes al celebrar el contrato no deberá ser contrario a Leyes de Orden Público, ni a las buenas costumbres.

OBSERVANCIA DE LA FORMA.

La Ley requiere para la validez de ciertos contratos que el consentimiento se manifieste a través de formas determinadas sin las cuales el contrato adolecería de nulidad; así lo establece el artículo 1795 que señala: el contrato

puede ser invalidado fracción IV, porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.

En términos generales por forma se entiende el conjunto de elementos externos que caracterizan un acto.

Es conveniente recordar lo expuesto en cuanto al criterio seguido por los Códigos de 1870, 1884 y el Código vigente de 1929.

El Código de 1870, sigue la línea consensual, pero empieza o regula ciertas formalidades al hablar de cada contrato en particular.

El Código de 1884, menciona ya como elementos del contrato a la forma.

El Código de 1929, da la fórmula de conciliación perfecta entre forma y consentimiento al establecer en su artículo 1796 que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revertir una forma establecida por la Ley."

Dentro de nuestro ámbito de estudio, las consecuencias jurídicas originadas por el principio de accesoria de la fianza responden de manera integral a lo mencionado en los párrafos anteriores, respecto a los elementos de validez del contrato en general entre los cuales se encuentran:

a.- La inexistencia de la obligación principal produce la inexistencia de la fianza, artículo 2797 del Código Civil.

b.- La nulidad absoluta o de pleno derecho de la obligación principal, origina la nulidad de la fianza, artículo 2226.

c.- La nulidad relativa a la obligación, no impide la garantía con fianza, artículo 2797 del Código Civil vigente.

d.- La extinción de la obligación principal garantizada, origina la extinción de la fianza, artículo 2842 del Código Civil vigente.

e.- La transmisión o cesión de la obligación principal, origina la transmisión de los derechos accesorios; pero la transmisión o cesión de la deuda, no origina la transmisión del derecho accesorio, artículo 2032 del Código Civil vigente.

f.- En la subrogación legal o convencional también se transferirá la fianza. Artículo 2845 del Código Civil.

g.- La novación extingue la fianza a menos que el fiador preste su consentimiento para la reserva, artículo 2221 del Código Civil.

h.- La interrupción de la prescripción de la obligación principal, interrumpe la prescripción de la obligación contenida en la fianza, artículo 1172 del Código Civil.

i.- Los beneficios de orden y exclusión se fundan en la accesoriidad de la fianza, artículo 2814 y 2815 del Código Civil.

b) La garantía personal para el cumplimiento de una obligación; respecto a esto, es importante señalar que:

La necesidad de poner a cubierto el patrimonio de las instituciones fiadoras, para conjurar el peligro de insolvencia, ha dado lugar a que, en toda operación, deban "...tener suficientemente garantizada la recuperación... cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas", artículo 19 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas.

Y tal recuperación puede garantizarse en la forma que libremente determine la empresa, cuando actúe dentro de su margen de operación; cuando su responsabilidad exceda a dicho margen, la garantía de recuperación deberá consistir en prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza, reafianzamiento o reaseguro; ciertas fianzas judiciales de carácter penal, así como de fidelidad, pueden operarse sin garantía suficiente ni comprobable.

Las indicadas garantías pueden constituirse antes, al momento o después de celebrarse el contrato de fianza; para facilitar esta última posibilidad, la Ley Federal de Instituciones de Fianza concede acción a la empresa en contra del solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario para exigirles que formalicen

una o más garantías reales, - prenda, hipoteca o fideicomiso- de recuperación, si bien acción tan sólo puede ejercitarla: a) cuando se le haya requerido el cumplimiento de su obligación fiadora; b) cuando venza la obligación garantizada; c) cuando cualquiera de los obligados afronte el riesgo de insolvencia, y ch) cuando aparezca que alguno de ellos suministró falsa información respecto de su solvencia.

Ahora bien, en razón de que el fiador esta garantizando en lo personal, con todos sus bienes, el cumplimiento de su obligación, es decir, es una garantía personal a diferencia de la real, ya que se responde del cumplimiento de las obligaciones con todos los bienes del fiador, excepto con aquellos que sean inalienables e inembargables; por el contrario, en la garantía real el cumplimiento de la obligación se efectúa específicamente con uno o con más bienes determinados, constituyéndose sobre ellos un derecho de hipoteca o prenda.

Dada la naturaleza de la garantía personal se corre el riesgo de que, al momento de querer hacerla efectiva, el deudor (o el fiador) sea insolvente, siendo la garantía, por lo tanto, insuficiente.

2.6. EFECTOS

La fianza produce dos clases de efectos, los cuales se derivan o nacen directamente de la celebración del contrato (relación entre el acreedor y el fiador),

y los que nacen de hechos posteriores a la celebración del contrato, como son; el pago que el fiador efectúa para cumplir su obligación, o la insolvencia a la que cae un fiador (relación entre el fiador y el deudor principal, o la relación de los cofiados entre sí).

A) Efectos directos del contrato. El contrato de fianza al celebrarse produce un solo efecto a saber; la obligación de pagar del fiador al acreedor, en el caso de que el deudor principal no lo haga.

Sobre lo mencionado, Díaz Bravo sostiene que:

"Los compromisos fundamentales de las empresas afianzadoras son dos: expedir la póliza y, en su momento, pagar la suma afianzada".³⁹

Dicha obligación del fiador es persona distinta de la del deudor principal, con el carácter de accesoria y no subsidiaria.

Ahora bien, nosotros creemos que por cuanto a la obligación de pago, hay que decir que, visto que no es subsidiaria, surge en el momento en que sea exigible la obligación principal, sin más.

Asimismo y dentro de los efectos directos del contrato surge una obligación

³⁹ DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. Cit. P. 206.

personal; en razón de que el fiador responde con la totalidad de sus bienes, pudiendo oponer al acreedor las excepciones personales que aquél tuviere contra éste, artículo 2812 del Código Civil.

Es una obligación distinta de la del deudor principal, en razón de que no es una obligación única, sino dos obligaciones, una del fiador y otra la del deudor principal, aunque las dos tengan de ordinario el mismo objeto, cuando el objeto de la obligación principal es el pago de una suma de dinero, las dos obligaciones tienen el mismo objeto, pero si la obligación principal es de hacer o de no hacer, la obligación del fiador se reduce a pagar una suma de dinero por daños y perjuicios.

B) Los efectos que nacen de hechos posteriores a la celebración del contrato son los que se originan del pago que haga el fiador al acreedor, y que dan derecho al fiador para acciones de regreso, para obtener el reembolso total del deudor principal o el reembolso parcial de los demás cofiados cuando haya pluralidad de fiados.

Todos los efectos que se derivan de hechos posteriores al contrato, se subdividen en efectos con relación al deudor y efectos con relación a los cofiados.

a.- Efectos entre el deudor y el fiador: las cuestiones que comprenden son: Derecho de reembolso de lo pagado; es el derecho del fiador para que el deudor le reembolse lo que tuvo que pagar al acreedor, en tal caso se pueden ejecutar

dos procedimientos. La subrogación y el juicio ejecutivo.

LA SUBROGACIÓN.- Es cuando el fiador paga subrogándose a todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, es decir, el fiador toma el lugar del acreedor para exigir el pago; la subrogación opera por ministerio de Ley, art. 2830 del Código Civil, siempre y cuando el fiador notifique al deudor que va a efectuar el pago, para que éste, a su vez, haga valer las excepciones que tuviera en contra del acreedor, si el fiador paga en virtud de un fallo judicial y no puede dar aviso al deudor, tiene la acción de reembolso, ya que el fiador puede oponer en dicho juicio las excepciones inherentes a la obligación principal y de las que tenga conocimiento.

EL JUICIO EJECUTIVO.- Este procedimiento es otra opción para que el fiador obtenga el reembolso en el caso de pagar la deuda que tenía el deudor principal, el cual consiste en proceder ejecutivamente en su contra, si es que realizó el pago en virtud de sentencia. Una copia certificada de la sentencia, unida a la constancia auténtica relativa al pago, constituye título ejecutivo, para exigir por esa vía al deudor el reembolso de la suerte principal y los accesorios legales que se hayan generado, artículo 2834 Código Civil.

Derecho del fiador para que se le releve de la fianza: Este derecho de exigir que se le releve de la fianza o asegure el pago el deudor, existe en caso de que el fiador haya actuado en virtud de un mandato o de una gestión de negocios con

respecto al deudor principal o sin que éste supiera del otorgamiento de la fianza, en el caso de que la fianza se otorgue contra la voluntad del deudor principal, dicho derecho no se tiene por parte del fiador. Los derechos del fiador en nada perjudican a las acciones del acreedor y generalmente en la práctica, cuando se ha renunciado a los beneficios de orden y exclusión no tiene eficacia alguna.

El aseguramiento del pago se inicia a través de un juicio oportuno, en donde, por medio de una sentencia, se puede ejecutar con diligencia el aseguramiento de los bienes propiedad del deudor principal, bastante para responder de la deuda, cuando el fiador sea demandado.

Para que se releve de la fianza al fiador es necesario que el acreedor acepte al nuevo fiador propuesto o que el deudor acepte relevar al fiador o constituya otra garantía, en tal caso, el procedimiento realizado carece de toda validez si el acreedor no acepta al nuevo fiador, o si el deudor se niega a cambiar al fiador.

b.- Efectos derivados de la relación jurídica entre los cofiadores: Este supuesto se presenta en el caso de que el deudor haya otorgado varios cofiadores que respondan solidariamente por la deuda principal, en cuyo caso, si uno de ellos paga al acreedor, tiene derecho a que los demás cofiadores lo reintegren la parte correspondiente a éste, salvo que alguno de ellos sea insolvente.

El derecho que tiene el fiador al reembolso parcial es efectivo solamente frente a los demás cofiadores en la relación interna de los mismos; no debe confundirse con el beneficio de división el cual es oponible al acreedor sólo en el caso de que existan varios fiadores, siempre y cuando haya un pacto expreso en el sentido de que aquél aclamará la parte proporcional que corresponde a cada fiador. Este beneficio de división es un derecho que tiene el fiador que ha sido demandado para que este pueda citar a los demás cofiadores para que se defiendan justamente; por esto, estatuye el artículo 2837, "que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado, podrá reclamar de cada uno de los otros, la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer."

De lo anterior resulta que el beneficio de división sólo funciona respecto de los fiadores entre sí, para que posteriormente al pago, se dividan las responsabilidades y paguen al fiador que solventó totalmente la deuda, la parte proporcional correspondiente, y en el caso de que uno de los fiadores sea insolvente, los demás fiadores pagarán conjuntamente dicha obligación, salvo que se renuncie al beneficio de división, el cual procede en los demás casos:

b1.- Cuando se renuncia expresamente.

b2.- Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor.

b3.- Cuando alguno de los fiadores son concursados o se hayan insolventes.

b4.- Cuando alguno de los fiadores se encuentre en alguno de los casos del artículo 2816, fracción I, II, III y IV.

2.7 EXTINCIÓN

El contrato de fianza puede extinguirse de dos formas principalmente: por vía directa o principal y por vía de consecuencia.

a) POR VÍA DIRECTA O PRINCIPAL, se extingue la fianza:

- a.- Por compensación, cuando el acreedor y el fiador reúnan la calidad de deudor y acreedor recíprocamente, art. 2185.
- b.- Por confusión de derecho, cuando el fiador reúna la calidad de deudor, o viceversa, porque uno herede al otro, artículo 2843 del Código Civil.
- c.- Por remisión de la deuda hecha en favor del fiador, esta forma de extinguir la fianza solo favorece al fiador, ya que subsiste la obligación del deudor principal, artículo 2209 del Código Civil.
- d.- Por novación sin autorización del fiador, artículo 2221 del Código Civil.
- e.- Por prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador, art. 2846.

- f.- Por la quita que traiga como consecuencia nuevos gravámenes o condición a la obligación principal, art. 2847 del Código Civil.

B) POR VÍA DE CONSECUENCIA SE EXTINGUE LA FIANZA, dada su naturaleza accesoria, ya que la extinción de la obligación principal trae como consecuencia la extinción de lo accesorio, la obligación principal se extingue:

- a.- Pago, cuando el deudor paga a su acreedor, artículo 2062, Código Civil.
- b.- Dación en pago, cuando el deudor principal da alguna cosa mueble o inmueble en pago, artículo 2063 del Código Civil.
- c.- Novación, extingue la fianza cuando el fiador acuerda expresamente la subsistencia de ésta, artículo 2220.
- d.- Remisión de deuda y compensación opuestas por el acreedor extinguen la fianza, artículo 2210 y 2186 del Código Civil.
- e.- Prescripción, cuando la fianza no ha sido requerida por el acreedor dentro del plazo determinado, artículo 2848 del Código Civil.
- f.- Caducidad, se extingue la fianza cuando no se requiera su cumplimiento dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando sin justa causa deje de promover por más de tres meses en el juicio establecido en contra del deudor, artículo 2848 y 2849.

CAPITULO III

MARCO LEGAL INHERENTE A LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS EN MÉXICO

1. MARCO LEGAL

Como se ha visto en capítulos anteriores las Instituciones de Fianzas son figuras jurídicas que han sido reglamentadas por nuestro Derecho desde el año de 1910 y que en ultimas fechas son reguladas por la ley de 1950, la cual ha tenido diversas reformas en razón de las necesidades de actualizar nuestro sistema jurídico afianzador; dicha legalidad la estudiaremos iniciando por la Ley suprema de nuestro país, la Constitución, ya que ocupa la parte primordial de nuestro sistema normativo jurídico.

3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Las Instituciones de Fianzas son empresas que organizan y manejan los particulares, y que por ser parte importante en el desarrollo económico y financiero de nuestro país, ya que a través de las diferentes operaciones e instrumentos que manejan fomentan el apoyo a las diferentes actividades productivas y de comercialización, se les apuesto dentro de los organismos e instituciones que integran el sistema financiero mexicano; pero con el objeto de proteger el interés colectivo de todo aquel que se sirve de este servicio, y porque el estado así lo

estima conveniente, se ha visto obligado a intervenir en defensa y administración de sus bienes.

El sistema financiero mexicano está integrado por un conjunto de autoridades representadas por dependencias de Gobierno Federal, Banca Comercial, Banca de Desarrollo, y otras Instituciones de Crédito, así como por empresas financieras no bancarias, como son las Aseguradoras, Afianzadoras, Casas de Bolsa, Almacenadoras, Uniones de Crédito, Sociedades de Inversión, y Casas de Cambio.

La Constitución por ser la única fuente formal de nuestro derecho, es el fundamento que regula a las instituciones de Fianzas, ya que así lo dispone el artículo 73, fracción X, al señalar que el "Congreso de la Unión tiene facultad para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica, y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123".

Nuestra Constitución, no es un ordenamiento regulador de las Instituciones de Fianzas, si no que tan solo faculta al Congreso de la Unión para que legisle en toda la República sobre servicios financieros; es por ello que el 26 de diciembre de 1950 el Congreso expide la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en atención a

que estas son un servicio financiero necesario, que además. promueven la economía con fines sociales.

3.2 LEGISLACIÓN

La Ley por ser un acto emanado del poder legislativo que crea situaciones jurídicas abstractas e impersonales, es, como se dice, la voluntad del estado emitida por el órgano al que más especialmente le confía la Constitución la tarea de desarrollar la actividad legislativa que tiene como característica el tener la primacía sobre cualquier otra regla, anulando aquella que se le oponga, no pudiendo ser modificada ni derogada, más que a través de una nueva disposición del órgano legislativo.

Dicha actividad legislativa que regula a las instituciones de fianzas la podemos encontrar en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, expedida el 20 de diciembre de 1950; Ley que hasta la fecha regula la constitución, organización y funcionamiento de las Instituciones de Fianzas en México, la cual analizaremos en los siguientes puntos dentro de este mismo capítulo, empero para no ser repetitivos sólo lo dejamos mencionado.

Dentro de la legislación existen otras Leyes aplicables a las instituciones de fianzas, que aunque no hayan sido creadas ex profeso para aplicarse a las instituciones de fianzas, son la base fundamental de su creación; así tenemos que

los artículos 87 al 110 del capítulo V, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, le son aplicables a las Instituciones de Fianzas en cuanto a la constitución de la sociedad, por así señalarlo el artículo 15, capítulo primero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que a la letra dice: "las Instituciones de Fianzas debe de ser constituidas como Sociedades Anónimas de Capital fijo o variable". De igual forma hay más normas que se aplican a dichas empresas, como son: los reglamentos, los decretos y las circulares.

3.3 REGLAMENTOS, DECRETOS Y CIRCULARES.

En materia de fianzas son múltiples los reglamentos y las circulares que se han dictado con el propósito de llevar un orden específico para cumplir con apego la Ley de Instituciones de Fianzas; no siendo así lo que en materia de decretos se refiere, en razón de lo que a continuación expreso:

A) DECRETOS: Es evidente que el dictar normas generales, abstractas e impersonales (legislar) es el acto fundamental de la vida institucional de una nación, tarea que corresponde única y exclusivamente al Congreso de la Unión, pero cuando esa facultad es delegada a otro poder de la nación como es el Ejecutivo Federal, y éste a su vez crea disposiciones concretas, particulares e individualmente aplicables, dictadas con fuerza de Ley, se les da el nombre de decreto.

Se le llama decreto Ley a las facultades que encontramos en los artículos 29 y 73 fracción XVI de la constitución, las cuales podrán ejecutarse ante situaciones consideradas como graves para la tranquilidad pública, en cuyo caso la Constitución autoriza al Presidente de la República para asumir la responsabilidad de dictar disposiciones transitorias para hacer frente a tal situación.

Se le denomina decreto delegado a la facultad que encontramos en el artículo 131, segundo párrafo de la Constitución, las cuales podrán ejecutarse con autorización expresa del poder legislativo. Es este órgano el que resuelve la conveniencia de que el ejecutivo legisle en determinada materia de una manera general para todos los casos, o en forma particular en asuntos determinados, como son aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio congreso, así como para restringir y para prohibir las importaciones, exportaciones o el tránsito de los artículos, productos y efectos, cuando lo estime urgente a fin de regular la economía del país, el comercio exterior u otros propósitos en beneficio del país.

Los casos antes descritos, se deben considerar como fuentes del derecho administrativo expedidas en esa forma, pero que en las cuales no se contemplan situaciones semejantes o en particular, aplicables a las instituciones de fianzas que son por ahora el tema de nuestro estudio; es por ello que en materia de fianza

no hay decretos, ya que solo compete al Congreso de la Unión dictar las normas aplicables a las Instituciones de Fianzas de nuestro país.

B) EL REGLAMENTO: El reglamento también está considerado como un conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal bajo el cual se desarrolla la actividad administrativa, que de igual forma es expedido por el poder ejecutivo en uso de una facultad propia, cuya finalidad es facilitar la exacta observancia de las leyes dictadas por el poder legislativo, es sin duda una fuente del derecho administrativo muy importante; ya que, además de ser un instrumento de aplicación de la ley que desarrolla y detalla los principios generales contenidos en ella, contempla las normas sobre la naturaleza y efectos de los elementos esenciales de las instituciones de fianzas.

Dentro de los reglamentos que se han dictado para hacer más ágil y eficiente la aplicación de la Ley de Instituciones de Fianzas se encuentran:

a.- Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros; este reglamento como su nombre lo indica, contiene las disposiciones para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios.

b.- Reglamento interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el cual se aplica con el propósito de regular el funcionamiento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en lo relativo a la inspección y vigilancia que ejerce sobre las Instituciones de Fianzas Mexicanas.

C) LAS CIRCULARES: Las circulares como es bien sabido, son disposiciones de carácter administrativo similares al reglamento, con la diferencia de que en este último solo la dicta el Ejecutivo Federal, mientras que la Circular la pueden dictar todos los funcionarios superiores de la administración pública, como son los secretarios de estado, directores generales, etc.

Las circulares contienen en alguno de los casos disposiciones administrativas de carácter puramente interno de la dependencia gubernamental dependiente del Poder Ejecutivo y otras también dirigidas a los particulares con la finalidad de comunicar decisiones, procedimientos o acuerdos que deben seguirse para adquirir algún permiso, autorización, concesión, licencia o servicio por parte del estado.

La Legislación administrativa en nuestro país ha abandonado el término de circular, por lo que las ha llamado Instructivos o Reglas Generales las cuales se encuentran anexas a nuestra Ley Federal de Instituciones de Fianzas como son:

a.- Reglas generales de las fracciones II y IV del Artículo 15 de la Ley

Federal de Instituciones de Fianzas.

b.- Reglas para la aprobación posterior por parte de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, de las garantías que deben recabar las instituciones afianzadoras con motivo de las fianzas que expiden, superiores a su margen de operación.

c.- Reglas para la inversión de las reservas de fianzas en vigor y de contingencia de las Instituciones de Fianzas.

d.- Reglas para la inversión de capital de las Instituciones de Fianzas.

e.- Circular que contiene disposiciones de carácter general aplicables a la publicidad y propaganda en materia de fianzas.

2. LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

3.4 CONCEPTO

La primera Ley que denominó a las instituciones de fianzas como tal, fue la que se decretó, el 31 de diciembre de 1942, la cual define, aunque no en forma directa, a las instituciones de fianzas como "Las sociedades que tengan esa autorización que otorga el Gobierno Federal".

La segunda ley que denominó a las instituciones de fianzas en forma directa fue la publicada el 26 de diciembre de 1950, la cual en su artículo primero señala: "Institución de fianza es una sociedad anónima, autorizada previamente por el gobierno federal para otorgar fianzas a título oneroso", buena definición a nuestro juicio, acertada al tiempo en que se expidió, ya que para nuestros días sería un tanto ambiguo por no tener contemplado al reafianzamiento, ni el tipo de sociedad anónima que debería ser.

Fue hasta el 29 de diciembre de 1981 cuando se hizo la primera reforma al artículo 1 de la Ley del 26 de diciembre de 1950, definiendo a las instituciones de fianzas como "Empresas que tengan como objeto otorgar fianzas a título oneroso"; definición que al igual que la anterior carece de elementos necesarios e indispensables para definir a una institución de fianzas, como es la autorización del gobierno federal, tipo de sociedad anónima y reafianzamiento.

Es evidente que una definición concreta y convincente de lo que es una Institución de Fianzas no existe ni ha existido, en virtud de que no ha habido estudios inherentes a las Instituciones de Fianzas, ni de los elementos que constituyen éste ente jurídico controlado por la administración pública federal.

Hasta hoy en día el estudio realizado a las Instituciones de Fianzas es en lo relativo a su actividad, efectos de las fianzas, actividad contable, pero ninguno de ellos que haga referencia a las empresas constituidas, organizadas y funcionales

como Institución de fianzas.

A continuación proponemos una definición completa y actualizada de lo que es una institución de fianzas: "Institución de fianzas es una sociedad anónima de capital fijo o variable que necesita para organizarse y funcionar como tal una autorización del gobierno federal que de manera discrecional la otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuyo objeto esencial será otorgar fianzas a título oneroso y ejercer el reafianzamiento con arreglo a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas".

Como se podrá apreciar en la anterior definición, una institución de fianzas debe de reunir ciertos requisitos para ser contemplada como tal, los cuales son:

En primer lugar es necesario, que la empresa se constituya como Sociedad Anónima de Capital Fijo o Variable, en razón de que así lo señala el artículo 15 del primer capítulo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en vigor; disposición que se viene regulando desde el 11 de marzo de 1925, fecha en que se publicó la ley de compañías de fianzas.

En segundo lugar, señala la ley que para organizarse y funcionar como institución de fianzas se requiere una autorización del gobierno federal, que de manera "discrecional", la otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya que así lo establece el artículo 5, capítulo primero de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas. Es importante señalar que dicha autorización data desde el 24 de mayo de 1910, fecha en que se hizo la publicación de la ley que establece las reglas a que deben sujetarse las compañías legalmente constituidas que sean autorizadas por el ejecutivo de la unión para expedir fianzas en favor de la Hacienda Pública Federal.

En tercer lugar, las Instituciones de Fianzas deben de tener como objeto otorgar fianzas a título oneroso, en razón de que así lo señala el artículo 1º, del capítulo primero de la Ley federal de Instituciones de Fianzas, así como porque la actividad primordial de una Institución de Fianzas es preponderantemente económica, es decir, obtener una remuneración o un lucro por el servicio prestado de garantizar el cumplimiento de una determinada obligación o de la práctica del reafianzamiento.

3.5 NATURALEZA JURÍDICA

Las instituciones de fianzas son entes jurídicos que tienen como propósito otorgar fianzas a título oneroso, es decir, son fiadoras que deben pagar o cumplir una obligación (siempre que no sea personal) al acreedor, en el caso de que el deudor principal no pague; ya que como son de acreditada solvencia respaldada por su capital constitutivo y sus reservas, se tiene la plena seguridad de ser

aceptada por el acreedor y ser una segunda responsable en cumplir una determinada obligación sea de dar o de hacer.

3.6 REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.

A continuación nos referiremos a las diversas disposiciones legales que rigen en materia de fianzas, cuya ley es de aplicación federal y en tal virtud, todas las compañías dedicadas a esta serie de operaciones deberán ajustarse a ellas y a la interpretación que dé la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Ley de Fianzas inicia su articulado por preceptuar que, para que una compañía pueda dedicarse a la expedición de fianzas a título oneroso, debe estar autorizada por el Gobierno Federal y, que las sociedades que tengan esa autorización, son instituciones de fianzas.

Se refiere igualmente a que estas compañías pueden establecer sucursales y agencias dentro de la República Mexicana, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que determinará en cada caso los requisitos que deban llenarse y que se reserva exclusivamente a las instituciones de fianzas el uso de las palabras fianzas, afianzador, afianzamiento, caución, y otras que le sean semejantes.

3.6.1 DE SU CONSTITUCIÓN

Señala el artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas "Las instituciones de Fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto no esté previsto en esta ley"; ahora bien, dicha sociedad deberá contar con el capital mínimo pagado que le exige la misma ley por cada ramo que se les autorice, expresados en unidades de inversión, y que es fijada por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público en el primer trimestre de cada año, el cual, para el año 2000 será: por un Ramo 7'310,308, en alguno o algunos de los subramos; dos Ramos 9'747,077, en alguno o alguno de los subramos; tres o mas Ramos 12'183,846, en alguno o algunos de los subramos, a un valor de 5.78 que corresponde al dado a conocer por el Banco de México el 31 de diciembre de 1999, según lo señala la circular F- 1.1, del 30 de marzo del 2000, por otro lado, la Ley de Sociedades Mercantiles señala como mínimo dos socios para constituir una sociedad anónima, por lo que es aplicable a la constitución de una institución de fianzas.

"Actualmente y de conformidad con el Artículo 5º de la ley de la materia, la S.H.C.P. ha iniciado, a partir del mes de enero de 1990 el otorgamiento de autorizaciones para la constitución de nuevas afianzadoras, y a partir de las reformas del 14 de julio de 1993 autorizaciones para la constitución de Empresas

Reafianzadoras. El primer caso fue suspendido en el año de 1958, y dadas las reformas a la citada ley por las que se reanudó el otorgamiento de dichas autorizaciones, se estima que es un momento adecuado y coyuntural para la creación de nuevas afianzadoras y reafianzadoras y que de preferencia formen parte de un Grupo Financiero, toda vez que con la creación de ellos, cada día existirá mayor competitividad en el otorgamiento de servicios de ventanilla".⁴⁰

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público por medio de las circulares emitidas a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas señala como requisitos para constituir una institución de fianzas los siguientes:

- a) Proyecto de escrituración constitutiva de la institución de fianzas que se pretenda organizar.
- b) Comprobante de haber constituido en Nacional Financiera, S.N.C. un depósito en moneda nacional o en valores de Estado, por su valor de mercado, igual al 10% el capital mínimo con que debe operar.
- c) El capital mínimo con el que deberán contar las instituciones fiadoras, será fijado durante el primer trimestre de cada año la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tomando en cuenta sus recursos para la adecuada

⁴⁰ Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, Centro de Documentación México, 1999. P 181, 182 y 183.

prestación del servicio.

- d) Programa General de Trabajo y propuesta financiera, el cual deberá contener por lo menos los siguientes elementos:
- 1.- Perfil de la cartera con la que se pretende operar.
 - 2.- Productos (tipos de fianzas), conceptos a garantizar y tarifas.
 - 3.- Proyección de los resultados técnicos y financieros para los próximos 3 años.
 - 4.- procedimiento para la determinación del capital necesario de operación considerando posibles desviaciones al evaluar diversos factores en el inicio de las operaciones.
- e) Plan General de mercado que deberá contener como mínimo:
- 1.- Análisis de la viabilidad de mercado identificando los sectores a abordar, con el fin de evaluar las posibilidades competitivas.
 - 2.- Políticas para satisfacer las necesidades de servicio, es decir, apertura de sucursales y/o oficinas de servicio en diferentes plazas de la República.
 - 3.- Planes de reclutamiento y capacitación de agentes de fianzas.
- f) Proyecto de Organización que debe incluir la estructura administrativa de la nueva empresa, con las funciones y actividades generales de las diferentes

áreas que la integren, así como los Curriculum Vitae de sus accionistas y funcionarios de primer nivel. Relación de bienes patrimoniales y cartas de solvencia moral y económica de dichos funcionarios. Cartas de intención de las personas (clientes) con las que se planea tener operaciones. Proyecto de los documentos (pólizas etc.) que se pretendan utilizar. Lo anterior comprende tanto a la oficina matriz como a la red de sucursales y oficinas de servicio.

Deberá hacerse énfasis en la prestación de servicios a sus clientes en lo referente a emisión de las fianzas solicitadas, cobranzas y atención de reclamaciones.

Las modificaciones posteriores a la escritura constitutiva deberán ser sometidas para su aprobación a la consideración de la Secretaría de Hacienda, la que una vez otorgada, se enviará copia al Registro de Comercio para su inscripción. Cuando se trata de la transformación o fusión de dos o más compañías de fianzas, al igual que el traspaso de la cartera de una de ellas, a otras debidamente autorizadas, será necesaria la aprobación de la Secretaría de Hacienda, a los convenios que celebren y su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio”.

3.6.2. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.

Cabe señalar que la vigente Ley de Instituciones de Fianzas establece en sus artículos 5º y 15º ; lo relacionado a la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas de las cuales resaltan por su importancia, las contempladas en el artículo 5º y las que señala la fracción primera en su parte final del artículo 15º mencionado.

El artículo 5º contempla: "Para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

En el presente estudio nos preguntamos porque se habla de autorización y no de concesión, licencia o permiso, por lo que veremos en primer lugar lo que los estudiosos han dicho de la autorización.

El profesor Gabino Fraga señala "La autorización, licencia o permiso. es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. En la generalidad de los casos en que la legislación positiva ha adoptado el régimen de autorizaciones, licencias o permisos, hay un derecho preexistente del particular, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la

tranquilidad, la seguridad o la salubridad pública o la economía del país, y sólo hasta que se satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la Administración permite el ejercicio de aquel derecho previo". 41

De igual forma el profesor Ernesto Gutiérrez y González señala que: "Autorización, licencia o permiso es el acto de esencia administrativa, por medio del cual el estado, determina que una persona puede proceder validamente al ejercicio de un derecho de cualquier índole, patrimonial pecuniario o moral, político u otro, que tiene conforma a la ley, por haberle acreditado que satisfizo los requisitos exigidos en una ley o en un reglamento, para que del ejercicio de tal derecho no se afecten los derechos de uno o de todos los demás miembros de la colectividad". 42

Es evidente que la autorización es igual a la licencia o permiso y que además es un acto que realiza el Estado por medio del órgano administrativo representado por el poder Ejecutivo. Por otro lado también se señala que la autorización es el acto por el cual se ejercita un derecho preexistente de un particular en virtud de haberse llenado los requisitos exigidos en una ley o reglamento.

41 FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 17 edición. Editorial Porrúa. México 1977. P. 242.

42 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano. 1ª edición. Editorial Porrúa. México 1993 P. 719 y 720

Con la anterior definición se puede pensar que toda autorización solicitada por los particulares se debe de conceder por el simple hecho de llenar todos y cada uno de los requisitos señalados por la ley de que se trate, pero en el caso que nos ocupa, dicha autorización se otorga discrecionalmente por el gobierno federal, es por ello que, aunque se llenen todos los requisitos señalados por la ley se puede otorgar o negar dicha autorización según el criterio de la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Es evidente que la autorización que contempla el artículo 5º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se puede confundir con la definición dada a la concesión en tendiéndola como el “acto jurídico tipo guión administrativo, discrecional, por el cual una persona que debe prestar un servicio público, o es propietaria de ciertos bienes, encomienda temporalmente, bajo su control y vigilancia, a una empresa designada concesionaria, para que esta obtenga una ventaja pecuniaria, la prestación del servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad, o la explotación de los bienes, en beneficio directo del concesionario, e indirecto de la misma colectividad”.⁴³

Dicha confusión puede llegar darse, ya que en nuestra legislación no existe tan precisa distinción entre las dos instituciones que nos ocupan, pues en ocasiones se llama permiso a lo que, según la doctrina, es una verdadera

⁴³ *Ibidem*. P. 721.

concesión (permiso de caza, de pesca, entre otros), o bien se llama concesión a lo que no es más que una autorización o bien se llama permiso o concesión indistintamente a actos que tienen el mismo contenido y los mismos efectos jurídicos. (Leyes de vías generales de comunicación y de bienes nacionales.), si no existe distinción precisa para definir a tales actos de la administración pública se puede entender que dicha autorización contemplada en el artículo 5º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas tiene ese nombre porque el legislador le dio ese denominación como pudo darle cualquier otra como licencia, permiso o, porque no, concesión.

El artículo 15, fracción primera bis, parte final señala:

"En todo lo relativo a su organización, las instituciones a que se refiere el inciso a) de esta fracción se regirán por lo dispuesto en el presente capítulo, en tanto que a las instituciones a que se refiere el inciso b) de la misma, les será aplicable además de lo dispuesto en este mismo Capítulo, con excepción de la fracción III de este artículo, lo que se establece en el Capítulo I Bis del Título Primero de esta Ley."

Así mismo en otro amplísimo capítulo I Bis del artículo 15 mencionado, se regula la organización y funcionamiento de las filiales de las instituciones financieras del exterior, de las cuales resaltan por su importancia las siguientes:

***Artículo 15-B.-** Las Filiales se regirán por lo previsto en los tratados o acuerdos internacionales correspondientes, el presente capítulo, las disposiciones contenidas en esta Ley aplicables a las instituciones de fianzas y las reglas para el establecimiento de Filiales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público estará facultada para interpretar para efectos administrativos las disposiciones sobre servicios financieros que se incluyan en los tratados o acuerdos internacionales a que hace mención el párrafo anterior, así como para promover a su observancia.

Artículo 15-C.- Para organizarse y funcionar como Filial se requiere autorización del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Por su naturaleza estas autorizaciones serán intransmisibles.

Las autorizaciones que al efecto se otorguen así como sus modificaciones, se publicarán en el Diario Oficial de la Federación.

En el caso de que una operación de fianza onerosa garantice una obligación que deba cumplirse en la República, no se efectúe por institución autorizada; la Secretaría de Hacienda podrá permitir se contrate con empresas

afianzadoras extranjeras, previo examen de las circunstancias en cada caso.

El Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda, podrá otorgar las autorizaciones para que las empresas puedan operar en los diversos ramos, artículo 5° Ley de fianzas :

I.- FIANZAS DE FIDELIDAD:- en alguno o algunos de los subramos: a) individuales y b) colectivas.

II.- FIANZAS JUDICIALES, en alguno o algunos de los subramos siguientes: a) Judiciales penales, b) Judiciales no penales, y judiciales que amparan a los conductores de vehículos automotores.

III.- ADMINISTRATIVAS, en alguno o algunos de los subramos siguientes: a) De obras, b) De proveedores, c) Fiscales, d) De arrendamiento, y e) Otras fianzas administrativas.

IV.- FIANZAS DE CRÉDITO, en alguno o algunos de los subramos siguientes: a) De suministro, b) De compraventa, c) Financieras, y d) Otras fianzas de crédito.

V.- FIDEICOMISOS DE GARANTÍA, en alguno o algunos de los subramos siguientes: A) Relacionados con pólizas de fianza, y b) Sin relación a pólizas de fianza.

Solamente las empresas, constituidas en forma de sociedad anónima de

capital fijo o variable que se ajusten a las reglas establecidas en la legislación de Instituciones de Fianzas, podrán disfrutar de la autorización para operar en cualquiera de los ramos arriba señalados, los cuales trataremos de definir para un mejor concepto de cada uno de ellos.

a). La sociedad sólo podrá tener por objeto el funcionamiento como empresa afianzadora.

3.6.3. Procedimiento administrativo para constituir, organizar y funcionar como institución de fianzas.

Hasta ahora nos hemos referido a la fianza en su aspecto civil, asentando, como queda dicho, que se trata de un contrato accesorio de naturaleza civil, siendo realizado aisladamente.

Cuando este contrato se realiza por una empresa o compañía que en forma habitual realiza esta clase de contrato, entonces la fianza adquiere la naturaleza de mercantil.

En tal virtud, la diferencia que se nota entre la fianza civil y la mercantil es en cuanto a la forma de realizar el contrato, siendo la principal la de las personas que lo realizan.

El fiador mercantil se dedica específicamente al otorgamiento de estas fianzas como su objeto principal, cosa que no sucede con el fiador civil.

El fiador mercantil debe llenar ciertas formalidades, a las que no está obligado el fiador civil.

Como lo señala el artículo 5° de la ley de la materia, Las compañías autorizadas deben estarlo por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previamente, a la iniciación de sus operaciones, y llenar la serie de requisitos establecidos en la Ley de Instituciones de Fianzas, encontrando que ésta no les concede los beneficios de orden y exclusión, sino que la misma ley establece, en su Artículo 96 de la propia Ley, el procedimiento que deberá seguirse para hacer efectiva la fianza.

Ahora bien, si el otorgamiento de la autorización (facultad discrecional de la S.H.C.P.) es una función administrativa entendiendo a ésta como el acto exclusivo del estado, que se realiza bajo un ordenamiento jurídico también llamado principio de legalidad, que no es sino que todo órgano del estado se apegue y realice todos los actos conforme a las disposiciones generales anteriormente dictadas, tal y como lo señala Vedel "Conformidad con el derecho y es sinónimo de regularidad jurídica", se puede entender entonces que dicha autorización se va a adquirir tan solo por haberse llenado todos los requisitos contemplados en la ley de

instituciones de fianzas, pero dicho supuesto no es así como lo veremos a continuación.

El principio de que ningún órgano del estado pueda realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposiciones generales anteriores, tiene en todos los estados modernos un carácter casi absoluto, pues salvo la facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental. ⁴⁴

“Hay poder discrecional para la administración cuando la ley o el reglamento, previendo para la administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.

Esa facultad debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras éste representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, aquélla, aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo,

⁴⁴ V. Jurisprudencia S.C.J. 1917-1975 Pleno y salas. Tesis 46, P. 59.

como lo es la autorización legislativa y un límite que en el caso extremo en que no esté señalado en la misma ley o implícito en el sistema que ésta adopte, existe siempre en el interés general que constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas. Por esta razón, mientras una orden arbitraria carece en todo caso de fundamento legal, la orden dictada en uso de la facultad discrecional podrá satisfacer los requisitos del artículo 16 constitucional de fundar y motivar la causa legal del procedimiento”.⁴⁵

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en varias ejecutorias que el ejercicio de la facultad discrecional está subordinado a la regla del artículo 16 Constitucional y sujeto al control judicial cuando el juicio subjetivo del autor del acto no es razonable, sino arbitrario y caprichoso y cuando es notoriamente injusto y contrario a la equidad”.⁴⁶

Si la facultad discrecional es la actividad o no actividad de la administración pública, permitiendo o no permitiendo cierta acción a los individuos, aplicándola al caso que nos ocupa, está claro que aun que se llenen todos los requisitos indispensables para constituir, organizarse y funcionar como institución de fianzas, no está obligada, en este caso, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público a otorgar dicha autorización, ya que como lo señala el propio artículo 5º es una facultad discrecional otorgarla.

⁴⁵ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 101.

⁴⁶ V. Jurisp. S.C. de justicia 1917- 1975. Segunda Sala. Tesis 396, P. 653.

La citada Ley de Instituciones de Fianzas, señala en el artículo 15.

"Artículo 15.- Las instituciones de fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto no esté previsto en esta Ley y, particularmente, a lo siguiente:

I. Tendrán por objeto las actividades a que se refieren los artículos 10. y 16 de esta ley y las necesarias para su realización;

I Bis. En razón del origen de los accionistas que suscriban su capital, las instituciones podrán ser:

a) De capital total o mayoritariamente mexicano;

b) De capital extranjero, en cuyo caso se les considerará como Filiales de Instituciones Financieras del Exterior."

"Fracción II. Deberán contar con un capital mínimo pagado, por cada ramo que se les autorice, expresado en Unidades de Inversión, el cual se deberá cubrir en moneda nacional en el plazo previsto en esta fracción y que será determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público durante el primer trimestre de cada año, para lo cual deberán considerarse, entre otros aspectos, los recursos que sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio que

representa la actividad afianzadora, la suma de los capitales pagados y reservas de capital con que opere el conjunto de instituciones que integren el sistema afianzador, la situación económica del país y el principio de procurar el sano y equilibrado desarrollo del sistema y de una adecuada competencia.*

“Al presentarse la solicitud de autorización ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se acompañarán los siguientes anexos:

- a) Proyecto de escrituración constitutiva de la institución de fianza que se pretenda organizar.
- b) Comprobante de haber constituido en Nacional Financiera, S.N.C. un depósito en moneda nacional o en valores de Estado, por su valor de mercado, igual al 10% el capital mínimo con que debe operar.
- c) El capital mínimo con el que deberán contar las instituciones fiadoras, será fijado durante el primer trimestre de cada año la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, tomando en cuenta sus recursos para la adecuada prestación del servicio.
- d) Programa General de Trabajo y presupuesto financiero, el cual deberá contener por lo menos los siguientes elementos:

- 1.- Perfil de la cartera con la que se pretende operar.
- 2.- Productos (tipos de fianzas), conceptos a garantizar y tarifas.
- 3.- Proyección de los resultados técnicos y financieros para los próximos 3 años.
- 4.- procedimiento para la determinación del capital necesario de operación considerando posibles desviaciones al evaluar diversos factores en el inicio de las operaciones.

e) **Plan General de mercado que deberá contener como mínimo:**

- 1.- Análisis de la viabilidad de mercado identificando los sectores a abordar, con el fin de evaluar las posibilidades competitivas.
- 2.- Políticas para satisfacer las necesidades de servicio, es decir, apertura de sucursales y/o oficinas de servicio en diferentes plazas de la República.
- 3.- Planes de reclutamiento y capacitación de agentes de fianzas.

f) **Proyecto de Organización que debe incluir la estructura administrativa de la nueva empresa, con las funciones y actividades generales de las diferentes áreas que la integren, así como los Currículum Vitae de sus accionistas y funcionarios de primer nivel. Relación de bienes patrimoniales y cartas de solvencia moral y económica de dichos funcionarios. Cartas de intención de las personas (clientes) con las que se planea tener operaciones. Proyecto de los documentos (pólizas etc.) que se pretendan utilizar. Lo anterior comprende tanto a la oficina matriz como a la red de sucursales y oficinas de servicio.**

El trámite descrito por la misma S.H.C.P. en los comunicados que esa dependencia manda a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas contempla que “una vez presentados los anteriores documentos en original y tres tantos más, encabezados por la solicitud respectiva, la S.H.C.P. procederá a analizarlos al mismo tiempo que solicita y espera la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Se calcula un plazo de aproximadamente dos meses para este trámite, al término del cual la mencionada Secretaria emitirá una opinión favorable a los accionistas o a su legítimo representante para que estén en aptitud de acudir a la Secretaria de Relaciones Exteriores y se obtenga el permiso correspondiente para la denominación de la sociedad, así como ante el Notario Público que otorgará la Escritura Constitutiva de la misma. Una vez otorgada la escritura, se deberá presentar el primer testimonio y dos copias certificadas de la misma ante la S.H.C.P. a fin de que esta apruebe dicha escritura y emita la autorización definitiva para organizarse y funcionar como institución de Fianzas, como al efecto lo prevén los Artículos 15, y 5º respectivamente, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. La S.H.C.P. concede un término de tres meses contados a partir de la aprobación de la escritura constitutiva para que la afianzadora inicie sus operaciones; en caso contrario, podrá dejar sin efectos la autorización otorgada y retener a favor del fisco federal el depósito en garantía realizada, como al efecto lo prevén los artículos 105, fracción 1 y 7º de la ley de la materia”. 47

47 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Op. Cit. 182.

Resulta recomendable que simultáneamente a la presentación de la solicitud ante la S.H.C.P., se busque un acercamiento con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en lo relativo a los documentos que se le deberán presentar para su revisión, así como en lo relativo a la información contable que se le deberá rendir ya constituida la afianzadora, según lo dispuesto por los artículos 85 y 65 respectivamente, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

3.7. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES.

Son múltiples las obligaciones que la Ley de Instituciones de Fianzas exige a las compañías afianzadoras para que estas puedan tener un sano desempeño dentro de la economía nacional, de las cuales tan solo señalaremos las más importantes.

Señala el artículo 46 de la Ley en cita: las Instituciones de Fianzas están obligadas a constituir las reservas técnicas de fianzas en vigor, de contingencia, y las demás que la Ley establece, en los montos, formas y términos que, mediante reglas de carácter general, determine la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para cada tipo de fianzas que las instituciones otorguen, considerando el monto de las primas cobradas, las responsabilidades asumidas, el grado de riesgo, el grado e recuperación, con las que cuenten en términos del artículo 24 de esta Ley, los

índices de reclamación y recuperaciones registrados, los esquemas de reafianzamiento adoptados y las condiciones generales imperantes en el mercado.

Artículo 31, tercer párrafo: las Instituciones de Fianzas están obligadas a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadoras que hubieren constituido garantía sobre bienes inmuebles, las constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales asentadas conforme a este artículo, una vez que las fianzas correspondientes sean debidamente canceladas, sin responsabilidad para ellas y siempre que no existan a favor de las afianzadoras, adeudos a cargo de su fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza.

Entre otras obligaciones tenemos:

- a) Celebrar una asamblea general ordinaria dada año, artículo 15 II Bis, frac. VII.
- b) Que el número de sus administradores no podrá ser inferior de cinco actuando en consejo de administración, artículo 15, II Bis, frac. VIII.
- c) Tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, artículo 19, Ley de Fianzas.
- d) Dar aviso a la S.H.C.P. y a la C.N.S.F. del establecimiento, cambio de ubicación y clausura de cualquier clase de oficinas, en el país, artículo 78 de la Ley de Fianzas.

Si se examina la Ley de Instituciones de Fianzas, encontramos que les está prohibido, artículo 60 de la ley de Fianzas:

I.- Otorgar garantías en forma de aval.

II.- Gravar en cualquier forma los bienes de su activo.

III.- Obtener préstamos sin la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

IV.- Dar en reporto títulos de crédito;

V.- Operar con sus propias acciones.

VII.- Afianzar a sus funcionarios y administradores, o aceptarlos como contrafiados u obligados solidarios, así como otorgar pólizas en las que los mismos aparezcan como beneficiarios;

VIII.- Entrar en sociedad de cualquier clase, solamente en el caso de inversión y reservas, en los términos de esta ley. Igualmente les está prohibido explotar por su cuenta minas, oficinas metalúrgicas, establecimientos mercantiles, industriales o fincas rústicas. Solamente en el caso de que estos bienes se hayan adquirido por la compañía como pago de créditos, pudiendo continuar la explotación en los términos que fije la Secretaría de Hacienda y que no podrá exceder de un término de tres años.

No podrán decretar dividendo alguno si no existen fondos disponibles para su pago inmediato, después de que se hayan separado de las utilidades que

arroje el Estado de Pérdidas y Ganancias aprobado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los porcentajes para crear las reservas establecidas por la ley, las que deberán ser invertidas en los términos de la misma.

Las instituciones de fianzas no podrán repartir a sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados, sino utilidades efectivamente realizadas, aun cuando procedan de ejercicios anteriores, y en ningún caso, destinarán a este objeto los fondos de reserva que hayan constituido conforme a la ley.

Hasta las reformas del 93, 95 y 97 la Ley en comento todavía contemplaba prohibiciones en algunos artículos ya derogados como el 22, 25, 28, 31 y 52 respectivamente.

3.8. SANCIONES

Después de analizar en forma escueta la Ley de Instituciones de Fianzas, respecto a las prohibiciones que la misma contempla, se hace necesario por la naturaleza de la investigación, el analizar las sanciones a las que se hacen acreedores los que violan o cometen infracciones a la ley Federal de Instituciones de Fianzas; la cual dentro del título tercero denominado "Facultades de la Administración Pública" en el capítulo VI reglamenta lo relacionado a las infracciones y delitos de la siguiente manera:

perfeccionarlos, así como cuantas mociones o ponencias relativas al régimen afianzador estime procedente elevar a dicha Secretaría;

III.- Coadyuvar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el desarrollo de políticas adecuadas para la asunción de responsabilidades y aspectos financieros en relación con las operaciones del sistema afianzador, siguiendo las instrucciones que reciba la propia Secretaría;

IV.- Proveer las medidas que estime necesarias para que las instituciones de fianzas cumplan con las responsabilidades contraídas con motivo de las fianzas otorgadas; e

V. Imponer sanciones administrativas por infracciones a ésta y a las demás leyes que regulan las actividades, instituciones y personas sujetas a su inspección y vigilancia, así como a las disposiciones que emanen de ellas.

Tales sanciones podrán ser amonestaciones o, cuando así lo establezcan las leyes y disposiciones que emanen de ellas, suspensiones temporales de actividades, vetos o inhabilitaciones para el desempeño de actividades así como multas.

Si al practicar la Comisión sus inspecciones a las Instituciones de Fianzas encontrare que éstas no se hallan ajustadas a los preceptos legales, en cuanto a

la celebración de operaciones y la ejecución de las prohibidas por la misma ley al igual que cuando se encuentra en peligro la estabilidad económica de la Institución, concederá a ésta un plazo de regularización, de acuerdo con un plan aprobado por la propia Comisión y en el caso de que la situación no mejore y se agrave aun más, la Comisión podrá decretar la intervención o la disolución seguida de traspaso o liquidación.

3.9. RECURSOS

Para el inicio del estudio del punto, es necesario establecer que significa etimológicamente la palabra recurso.

El Diccionario Jurídico Mexicano, establece que la palabra recurso tiene cualquiera de estos orígenes: "Del latín *recursus*, camino de regreso o retorno".⁴⁸

El tratadista penal Arilla Bas señala "que la palabra recurso deviene del italiano "*ricorsi*" que significa tanto como volver a tomar el curso."⁴⁹

Es decir, la esencia del recurso, es la de retomar una cuestión ya resuelta, para un nuevo análisis.

⁴⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1991. P. 2702.

⁴⁹ ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 15 edición. Editorial Kratos México 1993. P. 167.

Gramaticalmente el recurso se entiende como "tabla de salvación, exhorto, palanca de salida, trámite, instancia remedio".⁵⁰

Eduardo Pallares establece al respecto "Los recursos judiciales en el derecho romano, no tuvieron la importancia que ahora tienen, sobre todo antes de Justiniano, los que existieron fueron los siguientes; haciendo la salvedad de que no funcionaron en todo tiempo la apelación, la revocatio indumplum, la restituo in integrum, el veto de los tribuno, la súplica del príncipe y la retracta."⁵¹

El recurso es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un juez o tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o anulada.

La doctrina distingue dentro del género de los medios de impugnación varias categorías, entre ellas los remedios procesales considerados como los instrumentos que pretenden la corrección de los actos y las resoluciones judiciales ante el mismo juez de la causa; los recursos que se pueden interponer dentro del mismo procedimiento, pero ante un órgano judicial superior, por violaciones

⁵⁰ Diccionario Océano. Editorial Océano. Barcelona España, 1992. P. 5.

⁵¹ PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 10ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. P. 441.

cometidas tanto en el mismo procedimiento como en las resoluciones judiciales respectivas; y finalmente los procesos impugnativos que son aquellos que conforman una relación procesal autónoma para combatir una determinación anterior, generalmente de carácter administrativo, y en este sentido podemos citar al llamado proceso de lo contencioso administrativo.

Dentro del concepto de Recurso Administrativo tenemos que los actos de la administración pública deben estar fundados en leyes u ordenamientos tales que resistan un análisis frente a la Carta Magna del país, o en otros términos, que la administración debe sustentar su actuación frente a los particulares en la legalidad de sus actos.

Cuando se está frente a una decisión administrativa con cuyo contenido existe desacuerdo, debe de precisarse de inmediato cuál es el camino legal para impugnarla; juicio ante un tribunal administrativo o ante un tribunal judicial.

"Es importante, pues, precisar si en el ordenamiento conforme al cual se emitió el acto o en otro de naturaleza general existe algún medio de defensa ante la propia autoridad administrativa, pues de estar previsto la resolución no tiene, para un tribunal, el carácter de definitiva.

De lo expuesto tenemos que el recurso administrativo es todo medio de defensa al alcance de los particulares para impugnar, ante la administración

pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de los propios particulares, por violación al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida.

El recurso administrativo da, pues, origen a una controversia entre la administración y el administrado, de cuyas resoluciones pueden conocer los tribunales.⁵²

Por su parte Manuel Barquín define al recurso administrativo como:

"El medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto de autoridad para obtener de las autoridades administrativas la revisión, a fin de que sea revocado, anulado o modificado."⁵³

Puede afirmarse que el objeto de la existencia de los recursos es el obtener de la autoridad la revisión de sus actos y la finalidad la revocación, anulación o confirmación de los mismos, mediante un análisis de la legalidad del procedimiento y contenido.

⁵² MARGAIN, M. Emilio. El Recurso Administrativo en México. 2ª edición. Editorial Porrúa. México, 1992. P. 18.

⁵³ BARQUÍN ALVAREZ, Manuel. Los recursos y la organización judicial en materia civil. Editorial UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1976. P. 52.

Con relación a los recursos que regula la Ley Federal de Instituciones y de Fianzas la misma señala:

Artículo 94.- "Los juicios contra las instituciones de fianzas se substanciarán conforme a las siguientes reglas:...

IV. Contra las sentencias dictadas en los juicios a que se refiere este artículo, procederá el recurso de apelación en ambos efectos. Contra las demás resoluciones, procederán los recursos que establece el Código de Comercio; ... "

Con relación a los recursos que establece el Código de Comercio vigente y con base en el artículo 1334, 1335 existe el de revocación y el de reposición, así mismo, el artículo 1336 reglamenta el de apelación.

CAPITULO IV

AUTORIDADES COMPETENTES EN

EL CONTROL ADMINISTRATIVO

En este capítulo cuarto desglosaremos el estudio de lo referente al control administrativo que tienen las diferentes autoridades competentes en materia de fianzas.

Asimismo en este punto agruparemos las dependencias coordinadoras de sector con funciones financieras y económicas, con el objetivo de estar en posibilidad de conocer sus principales antecedentes, especificar la base jurídica que regula el funcionamiento de cada Secretaría, determinando las atribuciones de ley, conociendo su estructura orgánica y mencionando algunos de los problemas administrativos de cada una de ellas.

1.- LA FUNCION ADMINISTRATIVA.

4.1. DEFINICIÓN.

Es evidente que la función administrativa es una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo (Presidente de la República), la cual se realiza bajo un orden jurídico previamente establecido que tiene como finalidad ejecutar o administrar los actos materiales o acciones que determinen situaciones jurídicas para casos individuales.

Tal y como lo sostiene el catedrático Gabino Fraga, son tres los elementos de la función administrativa, los cuales se pueden sintetizar en:

1.- "La función administrativa se realiza bajo un orden jurídico, pues la ejecución presupone la ley (orden jurídico) que va a ejecutarse e implica que el estado actúa conforme a la norma legislativa.

2.- En segundo lugar encontramos que la función administrativa implica la limitación de los efectos que produce el acto administrativo, es decir, que la ejecución de las leyes implica la realización de los actos necesarios para concretar, para hacer efectiva en caso determinado la norma legal.

Dicho elemento de individualización se satisface fundamentalmente por la realización de tareas concretas o la aplicación de una norma general a un caso individual.

3.- En tercer lugar encontramos que la función administrativa son actos materiales que realiza el estado como satisfacción de una necesidad práctica, ya que como se dijo anteriormente, la función administrativa implica una actividad práctica más que jurídica. Entre los hechos materiales que realiza la administración podemos citar, por vía de ejemplo, los actos de enseñanza y de asistencia, los actos técnicos de formación de planos, proyectos etc., actos de investigación, de estadística, de vigilancia, de transporte, de correspondencia, de construcción de

caminos y obras en general, etc.⁵⁴

Como función administrativa encontramos los actos realizados por las diferentes dependencias gubernamentales que representan a la Administración Pública Federal, actividad que va encaminada a la realización de sus diferentes fines específicos contemplados en sus propias leyes, como los que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros aplican para constituir, organizar, funcionar y vigilar a las Instituciones de Fianzas en México.

2.- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Hacienda es una de las dependencias con mayor tradición y prestigio en la administración pública mexicana.

La historia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público refleja en buena medida un conflicto interno entre dos tendencias: por una parte la inclinación natural a la concentración del poder administrativo y económico -por ende político- en la dependencia que maneja los procesos financieros del país; por otra, la necesidad constante de distribuir y delegar parte de las atribuciones hacendarias,

⁵⁴ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 61 y 62.

como resultado de la complejidad de esa función en el mundo moderno.

"El antecedente más remoto de esta dependencia lo constituye la secretaría de estado y despacho universal de hacienda pública creada en 1821, a la cual se le encomendaron "todos los negocios pertenecientes a la hacienda pública, en sus diversas rentas". La promulgación de la Constitución de 1824, permitió la expedición de la ley relativa a la hacienda pública para vigilar las casas de moneda y estableció la tesorería general de la federación y la contaduría mayor de hacienda." ⁵⁵

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es un sujeto que goza de plena Potestad Tributaria. Esta potestad data desde el 17 de abril de 1837, en donde el Gobierno centralista al cambiar los Estados Federales por Departamentos, creó las oficinas departamentales de la Hacienda, dependientes de la junta superior de Hacienda, la que tenía como función primordial, el recabar los impuestos así como crear nuevos ingresos que sirvieran a los Departamentos." ⁵⁶

La denominación de Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), se

⁵⁵ PICHARDO PAGAZA, Ignacio. Introducción a la Administración Pública Vol. I. Editorial Ediciones INAP. México, 1984. P. 244.

⁵⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Guía Técnica para el Análisis y Desarrollo Institucional de las Organizaciones Públicas. Editorial Coordinación General de estudios administrativos. México, 1981. P. 87

le otorga por primera vez en el año de 1861; con la reestructuración administrativa de 1891 aumentan sus atribuciones al ámbito de comercio, denominándola Secretaría de Hacienda, Crédito Público y Comercio.

A partir de 1917 la SHCP deja de atender los asuntos de comercio, al crearse la Secretaría de Industria y Comercio (SIC).⁵⁷

4.2. UBICACIÓN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En México, la dualidad de fuerzas que actúan sobre la Secretaría encargada de las fianzas, ha sido históricamente resuelta, alternativamente, cercenándole atribuciones en ciertos períodos y concentrando funciones en otros.

Entre las instituciones existe una estrecha relación de modo tal que en la práctica administrativa existen atribuciones que se yuxtaponen. Esta duplicación no necesariamente indica ineficiencia, que también existe, más bien es reflejo de la conveniencia de establecer límites a las atribuciones de cada entidad, en lo que en realidad es una continuidad administrativa.

Cuando en este punto se menciona a la estructura interna, orgánica o administrativa de una secretaría, se alude al concepto siguiente:

⁵⁷ *Ibidem*. P. 107

"La estructura orgánica de una institución es la expresión formal en la que se plasman los niveles jerárquicos y la división funcional de la organización, y define a partir de procedimientos o líneas de acción la interrelación y coordinación de las actividades propias del grupo a efecto de lograr el cumplimiento de determinados objetivos. Es igualmente el marco administrativo de referencia para la adopción racional de decisiones. Se concibe y describe a la estructura orgánica para ofrecer a cada miembro de la organización los datos relativos al tipo y límites de la actuación de la unidad a la que pertenece."⁵⁸

4.3. COMPETENCIA

El ámbito de competencia de la SHCP constituye una de las funciones básicas del gobierno; para su desempeño la dependencia lleva a cabo las grandes funciones que aquí se señalan.

- a) Establece y conduce la política de ingresos, incluyendo la fiscal en sus componentes de política tributaria, derechos, precios y tarifas del sector público, coordinación fiscal con los estados e ingresos de las entidades paraestatales.
- b) Otro tanto ocurre con la política monetaria en sus elementos de oferta y

⁵⁸ FAYAVIESCA, Jacinto. Administración Pública Federal. Boletín de la Hacienda Pública. México, 1976. P. 22.

velocidad del dinero e intermediación financiera pública y privada, así como la política de deuda pública interna y externa.

- c) Decide y administra la política de estímulos fiscales al sector privado, en consulta con otras dependencias, particularmente (Secretaría de Comercio y Fomento Industria y Secretaria de Energía)..
- d) Decide la política de crédito, conduce al sistema bancario del país, a través del banco central; Opera la banca nacional de desarrollo y administra todas las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito.

Para desarrollar la competencia de la que hemos hecho mención en los subincisos anteriores a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se considera como un órgano con potestad Tributaria Plena, de acuerdo a las funciones de las que está investida con facultad propia como una autoridad gubernamental suprema, dentro de las cuales podemos enumerar las siguientes:

"Artículo 31. A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

1. **Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;**

II. **Proyectar y calcular los ingresos de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y de las entidades paraestatales, considerando las necesidades del gasto público federal, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera de la administración pública federal;**

III. **Estudiar y formular los proyectos de leyes y disposiciones fiscales y de las leyes de ingresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal;**

IV. **Derogada. (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1993).**

V. **Manejar la deuda pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal;**

VI. **Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público;**

VII. **Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito;**

VIII. **Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;**

IX. Determinar los criterios y montos globales de los estímulos fiscales, escuchando para ello a las dependencias responsables de los sectores correspondientes y administrar su aplicación en los casos en que no competa a otra Secretaría;

X. Establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la administración pública federal, o bien, las bases para fijarlos, escuchando a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y con la participación de las dependencias que corresponda;

XI. Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales;

XII. Dirigir los servicios aduanales y de inspección y la policía fiscal de la Federación;

XIII. Representar el interés de la Federación en controversias fiscales;

XIV. Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la administración pública paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;

XV. Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de

Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos, junto con el del Departamento del Distrito Federal, a la consideración del Presidente de la República;

XVI. Evaluar y autorizar los programas de inversión pública de las dependencias y entidades de la administración pública federal;

XVII. Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos;

XVIII. Formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal;

XIX. Coordinar y desarrollar los servicios nacionales de estadística y de información geográfica; Establecer las normas y procedimientos para la organización, funcionamiento y coordinación de los sistemas nacionales estadísticos y de información geográfica, así como normas y coordinar los servicios de informática de las dependencias y entidades de la administración pública federal;

XX. Fijar los lineamientos que se deben seguir en la elaboración de la documentación necesaria para la formulación del Informe Presidencial a integrar dicha documentación;

XX. Opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas y

lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y desincorporación de activos, servicios y ejecución de obras públicas de la Administración Pública Federal;

XXII. Se deroga. (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1994).

XXIII. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación;

XXIV. Ejercer el control presupuestas de los servicios personales así como, en forma conjunta con la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, aprobar las estructuras orgánicas y ocupacionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus modificaciones, así como establecer normas y lineamientos en materia de administración de personal:*

Las atribuciones y principales funciones de la SHCP encuentran fundamento jurídico en las leyes que enunciativamente se indican:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 31).

Ley Orgánica de la Procuraduría Fiscal de la SHCP.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de la Comisión Nacional de Valores.

Ley Monetaria.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Ley Aduanera.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Reglamento de la Ley Aduanera.

Reglamento Interior de la SHCP.

Otras leyes impositivas y fiscales.

Como se dijo con anterioridad en el inciso VIII, que es el caso que nos ocupa, le compete a la exclusivamente a la S.H.C.P. la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Fianzas, siendo el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de la ley de fianzas. artículo 1º, tercer y cuarto párrafo.

Como se puede apreciar de la lectura de la relación de leyes que precede, el marco legal que rige la Hacienda Pública Federal es completo y complejo.

El conjunto de disposiciones que integran la legislación fiscal constituye la parte más amplia y especializada del mismo.

4.4. ACTIVIDAD

"Algunas de las actividades más significativas son: la formulación de la ley de ingreso anual de la federación; la preparación de las adecuaciones fiscales, la defensa de los intereses del fisco federal ante los tribunales; la contratación de empréstitos; la emisión de bonos de la deuda pública; la regulación de la banca; la emisión de moneda; la auditoría fiscal; el combate al contrabando; la entrega de fondos de tesorería a particulares y al sector público; y la implantación del esquema de programación financiera." ⁵⁹

Entre los programas de mayor trascendencia de la SHCP deben mencionarse: el programa de recaudación de ingresos; el programa de endeudamiento; el programa del ejercicio del gasto público o sea el de tesorería; el programa de vigilancia sobre las operaciones de comercio exterior (fiscalización aduanal); y el programa de dirección del sector financiero nacional.

Encaminándonos poco a poco a la materia, tema de nuestra investigación, podemos mencionar que la Secretaría de Hacienda es una instancia o centro de

⁵⁹ PICHARDO PAGAZA, Ignacio. Op. Cit. P. 246.

toma de decisiones, de orientación y apoyo global, para todo el sector público federal, junto con la secretaria de la contraloría general de la federación. Como entidad orientadora y de apoyo global realiza tres tipos de funciones:

- a. De carácter normativo o definitorio, puesto que constituye un órgano de autoridad.
- b. De vigilancia y control global en materia de política, planes, programas, objetivos, metas, acciones y recursos.
- c. De apoyo y asistencia técnica, para facilitar el desempeño de las tareas que tienen encomendadas las dependencias en su papel de coordinadores de sector.

El objetivo central de la SHCP en las Instituciones de Fianzas es otorgar discrecionalmente como representante del Gobierno Federal, la autorización para organizar y funcionar como Institución de Fianzas u operar el Reafianzamiento.

4.5. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAS.

La Ley Federal del Procedimiento Administrativo establece en su artículo 70:

Artículo 70. "Las sanciones administrativas deberán estar previstas en las

leyes respectivas y podrán consistir en:

- I. Amonestación con apercibimiento;
- II. Multa;
- III. Multa adicional por cada día que persista la infracción;
- IV. Arresto hasta por 36 horas;
- V. Clausura temporal o permanente, parcial o total; y
- VI. Las demás que señalen las leyes o reglamentos."

Administrativamente la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala en su capítulo respectivo denominado infracciones y delitos, lo siguiente:

Artículo 110.- "Las multas correspondientes a sanciones por las infracciones previstas en esta ley y en las disposiciones que de ella emanen, serán impuestas administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas tomando como base el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse la infracción, a menos que en la propia ley se disponga otra forma de sanción y se harán efectivas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Al imponer la sanción que corresponda, la citada Comisión siempre deberá oír previamente al interesado y tomará en cuenta las condiciones e intención del infractor, la importancia de la infracción y la conveniencia de evitar prácticas tendientes a contravenir las disposiciones de esta ley.

La reincidencia se podrá castigar con multa hasta por el doble de la máxima prevista para la infracción de que se trate.”

De lo anteriormente mencionado se desprende y se colige que la sanción administrativa en materia de fianzas, se apega en lo que la Ley Federal del Procedimiento Administrativo establece en su segunda fracción, así el artículo III a lo largo de 20 fracciones fundamenta todos y cada uno de los casos en los cuales se aplica una multa administrativamente, así como el monto de cada una de las infracciones que se cometan con relación a la institución de la fianza.

Con relación a los delitos el artículo 112 de la Ley en comento menciona:

“Artículo 112.- Para proceder penalmente por los delitos previstos en los artículos 112 bis, 112 bis 1, 112 bis 2, 112 bis 3, 112 bis 4, 112 bis 5 y 112 bis 6 de esta ley, será necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule petición, previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Tratándose de los delitos a que se refiere el artículo 112 Bis-4 de esta Ley, las instituciones de fianzas podrán también presentar directamente denuncia penal ante las autoridades competentes”.

Respecto a lo anterior se desprende que los delitos cometidos en la figura de la fianza son delitos de querrela necesaria.

3.- COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS.

A principios de 1991, se propuso la creación de una nueva comisión, la cual se denominó Comisión Nacional de Seguros y Fianzas que relacionada con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público constituyen los órganos de control encargados de la aplicación de las Leyes que regulan los seguros y las fianzas.

4.6. UBICACIÓN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el cual ejerce las atribuciones que le confieren las leyes en cuanto a la inspección, vigilancia y contabilidad, así como los procesos de intervención de los sectores aseguradora y afianzadora, para lo cual se le doto de un reglamento en el que se determinaron estructuras, facultades y atribuciones de acuerdo con los objetivos de la Ley Federal de Seguros y Fianzas.

4.7. COMPETENCIA.

Es evidente que la inspección y vigilancia de las Instituciones de Fianzas, así como de las demás personas y empresas a que se refiere la Ley de la materia queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas por así señalarlo en artículo 66 de la Ley Federal de Fianzas.

Al respecto el artículo primero del Reglamento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en Materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad señala:

"Artículo 1º Quedan sujetas a lo dispuesto por este reglamento las instituciones de seguros, las sociedades mutualistas de seguros, las instituciones de fianzas y las demás personas y empresas sometidas a las Leyes Generales de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y Federal de Instituciones de Fianzas, así como otras leyes, reglamentos y disposiciones administrativas aplicables, en materia de seguros y fianzas."

En relación con lo anterior el Reglamento en comento en materia de inspección, vigilancia y contabilidad, en su artículo 2º establece:

"Artículo 2º. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ejercerá las atribuciones que le confieren las leyes en materia de inspección, vigilancia y contabilidad, así como en los procedimientos de intervención, de conformidad con lo previsto por este Reglamento."

Por otro lado el reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, decretado el 3 de marzo de 1998, establece la competencia de sus diferentes departamentos internos, de lo cuales podemos señalar:

El artículo 2º señala que la Comisión para ejercer sus facultades contará de

los siguientes órganos y unidades administrativas:

I.- Junta de Gobierno;

II.- Presidencia;

III.- Vicepresidencia;

De Operación Institucional,

Jurídica, y

De Análisis y Estudios Sectoriales;

IV.- Direcciones Generales:

De Supervisión Financiera,

De Supervisión de Reaseguro,

De Supervisión Actuarial,

De Supervisión del Seguro de Pensiones,

De Desarrollo e Investigación,

Consultiva, Sanciones e Intermediarios,

De Orientación, Conciliación y Arbitraje,

De Informática, y

De Administración;

V.- Contraloría Interna;

VI.- Dirección de áreas, Coordinación de Delegaciones y Subcontralorías;

VII.- Delegaciones Regionales, y

VIII.- Los demás servicios públicos necesarios, y aquellos que determine la

Comisión por acuerdo de la Junta de Gobierno.

Artículo 3.- Las unidades administrativas de la Comisión estarán adscritas de la siguiente manera:

I.- la Presidencia tendrá adscritas las Vicepresidencias de operación Instituciones; Jurídica y de Análisis y Estudios Sectoriales; así como la Dirección General de Administración.

II.- la Vicepresidencia de Operación Institucional tendrá adscritas las Direcciones generales:

- a) De Supervisión Financiera;**
- b) De Supervisión de Reaseguro;**
- c) De Supervisión Actuarial, y**
- d) De Supervisión del Seguro de Pensiones.**

III.- La Vicepresidencia Jurídica tendrá adscritas:

- a) Dirección General Consultiva, Sanciones e Intermediarios;**
- b) Dirección General de orientación, Conciliación y Arbitraje;**
- c) La Coordinación de Delegaciones regionales, y**
- d) Las Delegaciones Regionales.**

IV.- La Vicepresidencia de Análisis y Estudios Sectoriales Tendrá adscritas las Direcciones Generales;

- a) De Desarrollo e Investigación, y**
De Informática.

4.8. ACTIVIDAD.

A manera de no ser repetitivos sólo estableceremos lo más importante respecto a cada función enunciada en el Reglamento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en Materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad.

"Artículo 7°. La Comisión practicará la inspección a que se refiere este Reglamento a las personas señaladas en el artículo 1°, a través de visitas ordinarias, especiales y de investigación..."

"Artículo 8°.- La inspección que practique la Comisión se efectuará a través de visitas que tendrán por objeto revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos, obligaciones y patrimonio de las personas sujetas a la misma, así como las operaciones, funcionamiento, sistemas de control y, en general, todo lo que pudiendo afectar la posición financiera y legal, conste o deba constar en los registros, a fin de que se ajusten al cumplimiento de las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas en la materia."

En relación con la vigilancia, el artículo 24 del Reglamento en comento señala:

"Artículo 24. En el caso de las instituciones, sociedades y demás personas físicas y morales a que se refiere el artículo 1o. de este Reglamento, la vigilancia consistirá en cuidar que éstas cumplan con las disposiciones de la Ley General de

Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como otras leyes, reglamentos, disposiciones administrativas aplicables y las que deriven de las mismas, y atiendan las observaciones e indicaciones de la Comisión, como resultado de las visitas de inspección practicadas."

Por su parte el artículo 31 del mismo Reglamento establece:

"Artículo 31.- La Comisión hará del conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los deficientes en depósitos en los diversos renglones del activo, así como del capital mínimo de garantía, para que ésta determine el monto del pago de intereses penales, conforme a la ley. Igualmente, comunicará las irregularidades que en forma expresa debe sancionar la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

Finalmente en relación con la contabilidad, el artículo 32 menciona:

"Artículo 32.- Las personas físicas y morales a que refiere el artículo 10. de este Reglamento, están obligadas a llevar en forma regular, libros y registro de contabilidad en los que se harán constar el día, todas las operaciones que realicen y que signifiquen variación en su activo o en su pasivo o que impliquen obligaciones directas o contingentes; para lo cual podrán adoptar un sistema de registro aprobado previamente por la Comisión, siempre que con él se pueda tener

un control completo de dichas operaciones, así como efectuar una comprobación adecuada de las mismas.

La contabilidad deberá estar al corriente en los términos de las disposiciones legales aplicables en cada caso, con una clara separación o identificación de las diversas operaciones que tengan autorizadas."

4.9. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAS.

En relación con la aplicación de la sanción administrativa en el caso de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la misma atiende a la fracción IV de la ley Federal del Procedimiento Administrativo, el cual se refiere a la clausura temporal o permanente, parcial o total.

A este respecto el artículo 52 del Reglamento en comento señala:

***Artículo 52.-** La clausura administrativa a que se refiere el artículo anterior, será ordenada por la Comisión en oficio que contenga los datos enumerados en el artículo 39 de este Reglamento, exceptuando el previsto en la fracción VI, y deberá notificarse y entenderse la diligencia con la persona mencionada en el primer párrafo del artículo 10.

No será motivo para diferir la realización de la clausura administrativa, el hecho de que esté presente el funcionario o persona a quien deba entregarse el

oficio de notificación, caso en el que el visitador o inspector hará la notificación al funcionario empleado de mayor jerarquía que esté presente o aquél con el que pueda comunicarse de inmediato.”

“Artículo 53.- Las clausuras podrán ser ejecutadas en cualquier día y hora, aun cuando sean inhábiles.”

“Artículo 54.- Toda clausura deberá hacerse constar en acta circunstanciada levantada ante la persona con quien se entienda la diligencia y ante dos testigos propuestos por éste, y en su negativa por los visitadores o inspectores, debiendo firmar dicha acta quienes intervengan en ella. Si la persona con quien se entienda la diligencia se niega a firmar, deberán hacerlo los demás participantes, haciéndose constar esa negativa. También se asentará el hecho de haber dejado copia de la misma al interesado a su representante.”

“Artículo 55.- El visitador o inspector comisionado para la práctica de la clausura administrativa a que se refiere este Capítulo, estará facultado para dar los avisos de clausura del giro, a las autoridades administrativas locales y federales correspondientes para los efectos legales que procedan.”

De igual forma la ley de Instituciones de Fianzas en su artículo 110 señala “que las multas correspondientes a sanciones por las infracciones previstas en esta ley y en las disposiciones que de ella emanen, así como las medidas de

apremio, serán impuestas administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas”.

4.- COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS.

“La crisis por la que atravesó nuestro país a finales de 1994, la globalización y volatilidad de los mercados mundiales, la desventaja en que el pequeño ahorrador se encontraba ante las instituciones financieras, motivadas tanto por la desigualdad entre las partes, como por la carencia de los conocimientos necesarios del nuevo entorno financiero, y la protección y defensa de los derechos del público usuario de los servicios prestados por los distintos intermediarios financieros, motivaron la creación de este organismo denominado Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).”⁵⁰

La creación de este organismo es reciente, ya que viene a suplir y a absorber la función que en materia de protección de los intereses del público desarrollaban las comisiones nacionales de banca y valores, así como las de seguros y fianzas y del sistema de ahorro para el retiro.

⁵⁰ CAMARA DE DIPUTADOS. Exposición de Motivos. México D.F. 1998. P. 3 y 4.

4.10. UBICACIÓN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, la cual se encarga de la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, por lo que se le doto de una ley en la que se determinaron estructuras, facultades y atribuciones de acuerdo con los objetivos a realizar por parte de este organismo.

4.11. COMPETENCIA.

Al respecto el artículo primero de la ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros menciona:

Artículo 1º.- "La presente ley tiene por objeto la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones".

En relación con su competencia señala el artículo tercero:

Artículo 3º.- “Esta ley es de orden público, interés social y de observancia en toda la república, de conformidad con los términos y condiciones que la misma establece. Los derechos que otorga la presente ley son irrenunciables”.

En su artículo quinto de igual forma señala:

Artículo 5º.- “La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros tendrá por objeto promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios, actuar como árbitro en los conflictos que éstos sometan a su jurisdicción, y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos y las instituciones financieras.

4.12. ACTIVIDAD.

A manera de establecer lo más importante respecto a cada función enunciada en los artículos que anteceden me permito señalar:

Artículo 11.- “La Comisión Nacional está facultada para:

- I. Atender y resolver las consultas que le presenten los usuarios, sobre asuntos de su competencia;

- II. Resolver las reclamaciones que formulen los usuarios, sobre los asuntos que son competencia de la Comisión nacional;
- III. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio, ya sea en forma individual o colectiva, entre los usuarios y las instituciones financieras en los términos de esta ley;
- IV. Actuar como árbitro en amigable composición y de pleno derecho, de conformidad con esta ley, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los usuarios, ya sea de manera individual o colectiva, con las instituciones financieras;
- V. De conformidad con lo señalado por el artículo 86 de esta ley, prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los usuarios, en las controversias entre éstos y las instituciones financieras que se entablan ante los tribunales, con motivo de operaciones o servicios que los primeros hayan contratado; así como respecto de prestatarios que no corresponden al sistema financiero, siempre y cuando se trate de conductas tipificadas como asura y se haya presentado denuncia penal;
- VI. Proporcionar a los usuarios los elementos necesarios para procurar una relación más segura y equitativa entre éstos y las instituciones financieras;
- VII. Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera para lograr

una relación equitativa entre las instituciones financieras y los usuarios, así como un sano desarrollo del sistema financiero mexicano;

- VIII. Emitir recomendaciones a las autoridades federales y locales para coadyuvar al cumplimiento del objeto de esta ley y al de la comisión nacional;
- IX. Emitir recomendaciones a las instituciones financieras para alcanzar el cumplimiento del objeto de esta ley y de la comisión nacional, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano.
- X. Formular recomendaciones al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría, para la elaboración de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos en las materias de su competencia, a fin de dar cumplimiento al objeto de esta ley y al de la Comisión Nacional, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano;
- XI. Concertar y celebrar convenios con las instituciones financieras, así como con las autoridades federales y locales con objeto de dar cumplimiento a esta ley;
- XII. Elaborar estudios de derecho comparativo relacionados con las materias de su competencia, y publicarlos para apoyar a los usuarios y a las instituciones financieras;
- XIII. Celebrar convenios con organismos y participar en foros nacionales

e internacionales, cuyas funciones sean acordes con las de la comisión nacional;

- XIV. **Proporcionar información a los usuarios relacionada con los servicios y productos que ofrecen las instituciones financieras, y elaborar programas de difusión con los diversos beneficios que se otorguen a los usuarios:**
- XV. **Analizar y, en su caso, autorizar, la información dirigida a los usuarios sobre los servicios y productos financieros que ofrezcan las instituciones financieras, cuidando en todo momento que la publicidad que éstas utilicen sea dirigida en forma clara, para evitar que la misma pueda dar origen a error o inexactitud ;**
- XVI. **Informar al público sobre la situación de los servicios que prestan las instituciones financieras y sus niveles de atención, así como de aquellas instituciones financieras que presenten los niveles más altos de reclamaciones por parte de los usuarios;**
- XVII. **Orientar y asesorar a las instituciones financieras sobre las necesidades de los usuarios;**
- XVIII. **Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras por conducto de las autoridades competentes, modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por éstas para la prestación de sus servicios;**

- XIX. Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras por conducto de las autoridades competentes, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios, sobre el estado que guardan las operaciones relacionadas con el servicio que éste haya contratado con las instituciones financieras;
- XX. Solicitar la información y los reportes de crédito necesarios para la substanciación de los procedimientos de conciliación y de arbitraje a que se refiere esta ley. En este caso, la información y los reportes mencionados se solicitarán con el consentimiento por escrito del usuario, por lo cual no se entenderán transgredidas las disposiciones relativas a los secretos bancarios, fiduciario o bursátil;
- XXI. Imponer las sanciones establecidas en esta ley;
- XXII. Aplicar las medidas de apremio a que se refiere esta ley;
- XXIII. Conocer y resolver sobre el recurso de revisión que se interponga en contra de las resoluciones dictadas por la comisión nacional;
- XXIV. Determinar el monto de las garantías a que se refiere esta ley;
- XXV. Condonar total o parcialmente las multas impuestas por el incumplimiento de esta ley, y
- XXVI. Las demás que le sean conferidas por esta ley o cualquier otro ordenamiento”.

4.13. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENAS.

Con relación a la aplicación de las sanciones administrativas en el caso de La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en el artículo 93 de la ley respectiva señala:

Artículo 93.- "El incumplimiento o la contravención a las disposiciones previstas en esta ley, será sancionado con multa que impondrá administrativamente la comisión nacional, tomando como base el salario mínimo general diario en el Distrito Federal".

A este respecto el artículo 94 de la Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros:

Artículo 94.- "La Comisión Nacional estará facultada para imponer las siguientes sanciones:

- I. Multa de 50 a 500 días de salario, a la institución financiera que no se inscriba en el registro de prestadores de servicios financieros, a que se refiere el artículo 46 de la ley;
- II. Multa de 100 a 200 días de salario, a la institución financiera que no proporcione la información que le solicite la comisión nacional para el cumplimiento de su objeto, de acuerdo con los artículos 12 y 59 de esta ley;

- III. **Multa de 100 a 200 días de salario, a la institución financiera que no presente el informe o la información adicional a que se refieren las fracciones II y VI, respectivamente, del artículo 68 de la presente ley; Multa de 200 a 400 días de salario, si la institución financiera no comparece a la junta de conciliación a que se refiere la fracción I del artículo 68 de esta ley, pudiéndosele citar cuantas veces sea necesario;**
- IV. **Multa de 100 a 1000 días de salario, a la institución financiera que no cumpla con lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 68 de esta ley;**
- V. **Multa de 200 a 400 días de salario, a la institución financiera que no constituya la reserva técnica específica a que se refiere el artículo 68 fracción X;**
- VI. **Multa de 100 a 1000 días de salario, a la institución financiera que no cumpla el laudo arbitral en el plazo establecido en el 80 de esta ley;**
- VII. **Multa de 50 a 500 días de salario, a la institución financiera que no cumpla de la manera pactada con la operaciones que celebre con los usuarios, cuando el laudo emitido por la comisión nacional le sea adverso, y**
- VIII. **Multa de 500 a 1000 días de salario, a la institución financiera, en caso de negativa u omisión en el cumplimiento del laudo dictado por la comisión nacional, en los términos del artículo 80 de esta ley”.**

En caso de reincidencia, de conformidad con lo señalado por el artículo siguiente, la comisión podrá sancionar a las instituciones financieras con multa de hasta el doble de lo originalmente impuesta.

Artículo 95.- "Cuando la Comisión Nacional, además de imponer la sanción respectiva, requiera al infractor para que en un plazo determinado cumpla con la obligación omitida o para que normalice la operación irregular motivo de la sanción y éste incumpla, sancionara este hecho como reincidencia".

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La fianza es la obligación accesoria que se hace para garantía de que otro pagará lo que debe, o cumplirá las obligaciones que contrajo tomando el fiador sobre sí hacerlo él, en caso de que no lo haga el deudor principal.

SEGUNDA.- Atendiendo a su origen, la fianza puede ser convencional y legal, según dependa su prestación de la mera voluntad de las partes, de un mandato de la ley o el procedimiento judicial.

TERCERA.- Para que la fianza pueda existir es indispensable la preexistencia de un vínculo anterior cuyo cumplimiento es garantizado por la obligación accesoria.

CUARTA.- La fianza se efectuará por compañía autorizada, teniendo por sólo este hecho el carácter de mercantil, pudiendo también celebrarla entre particulares.

QUINTA.- Cuando la fianza es otorgada por particulares; no presenta las garantías suficientes que el caso requiere, ya que estos escapan al control de organismos oficiales, que puedan normarlos y reglamentarlos haciendo imposible, en algunos casos, el cumplimiento de esta obligación accesoria.

SEXTA.- La autorización que otorga el gobierno federal es necesaria para que las compañías expidan fianzas a título oneroso, la cual puede ser negada a pesar de reunirse todos los requisitos exigidos, sin perjuicio a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o al principio que guarda el artículo 16 de la Constitución, al ejercer la S.H.C.P. la facultad discrecional contemplada en la ley.

SÉPTIMA.- Existen un sin número de fianzas mercantiles, de las cuales podemos mencionar la fianza de fidelidad, la fianza administrativa, fianza judicial civil, fianza judicial penal, fianza para cumplimiento de contratos, fianza de crédito.

OCTAVA.- Es sin duda un aspecto fundamental en la Institución de Fianzas, el control administrativo, por las razones a todas luces necesarias que se tienen para la buena marcha de una figura como la fianza mercantil, pero que hasta hoy en día sigue teniendo candados para no establecer nuevas Instituciones de Fianzas, y un descontrol para vigilar a las afianzadoras en todo lo que se refiere a la relación entre afianzadora y fiado.

NOVENA.- La administración deberá estar inspirada en una inteligente organización, fijando específicamente las atribuciones y responsabilidades del funcionamiento, para cuidar interferencias en la marcha general de las instituciones.

DÉCIMA.- Sugerimos la creación de un organismo descentralizado que regule los servicios que prestan las Instituciones de Fianzas, con autoridad judicial y autonomía propia para no caer en la anarquía de trámites que deban seguirse ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

DÉCIMA PRIMERA.- Sugerimos la creación de un organismo en el cual se registren las fianzas otorgadas por las Instituciones de Fianzas, para que entre Instituciones se limite otorgar determinado número de fianzas a una sola persona, en el caso de haber dado una misma garantía, ó sea insuficiente para garantizar la recuperación de las operaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 15ª edición. editorial kratos. México 1993.

BANQUIN ALVAREZ , Manuel. Los recursos y organizaciones jurídicas en materia civil. Editorial U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1976.

CAMARA DE DIPUTADOS. Exposición de motivos. México D.F. 1998.

CERVANTES ALTAMIRANO, Efen. la Fianza de empresa y sus perfiles característicos. Editorial Revista Mexicana de Fianzas. México 1972.

CONCHA MALO, Ramón. La fianza en México. Futuro editores. S.A. DE C.V. México 1988.

DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 3ª edición. Editorial Harla. México 1989.

ENNECCERUS KIPP, Wolff. Tratado de Derecho Civil I y II. 5ª edición, Editorial Bosch , España 1966.

FAYA VIESCA, Jacinto. Administración Pública Federal. Boletín de la Hacienda Pública, México 1976.

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 17 edición, Editorial Porrúa. México 1977.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 12ª edición. Editorial Cajica S.A. Puebla, México 1978.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano. 1ª Edición. Editorial Porrúa, México 1993.

MARGAIN, Emilio. El Recurso Administrativo en México. 2ª edición, Editorial Porrúa. México 1992.

PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil, 10ª edición . Editorial Porrúa S.A. México 1993.

PICHARDO PAGAZA, Ignacio. Introducción a la Administración Pública. Vol. I. Editorial Ediciones INAP. México 1984.

RIPERT, George y BDULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, T. III. 10ª edición. Editorial la Ley. Argentina 1964.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, T IV. 22ª edición. Editorial Porrúa, México 1993.

RUIZ RUEDA, Luis. La fianza de empresa a favor de terceros. 2ª edición. Editorial Pino. México 1956.

RUIZ RUEDA, Luis. El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto de Código de Comercio. 4ª edición. Editorial Iberoamericana. México 1960.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 14ª edición. Editorial Porrúa. México 1995.

ZAMORA CHÁVEZ, Ignacio L.A.E. La Importancia de la Fianza en Póliza en la Administración Financiera. Tesis Profesional, México D.F., 1973, P. 6

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1985.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Sista. México 1998.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México 1997.

LEY DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. Condusef informa. México, octubre de 1999.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2000.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. Editorial Ediciones Delma. México 1998.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Editorial Porrúa, México 1996.

LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Editorial Ediciones Delma. México 1998.

REGLAMENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTABILIDAD, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2000.

REGLAMENTO INTERIOR DE LA COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2000.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Editorial Porrúa. México 1991.

DICCIONARIO OCÉANO, Editorial Océano. España 1992.

GUÍA TÉCNICA PARA EL ANÁLISIS Y DESARROLLO INSTITUCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES PUBLICAS. Editorial Coordinación General de Estudios Administrativos. Presidencia de la República. México 1981.

CÓDIGO DE HAMURABI, Editorial Nacional, Madrid 1983.