



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL JUICIO ESPECIAL DE FIANZAS DE CONFORMIDAD
CON LAS FRACCIONES VI Y VIII DEL ARTICULO 94 DE
LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

YONATHAN MAURICIO YAÑEZ OYLAN



ASESOR: LIC. LUIS PERES GOMEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2004



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A mis padres

A mis hermanos

A Mónica

A mis amigos

A mi Universidad

A mi asesor

*Porque gracias a ustedes he culminado una etapa de mi vida,
y no alcanzan las palabras para expresar mi agradecimiento.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES.

I.1	Del contrato de fianza	1
I.2	De la actividad afianzadora en México.....	4
I.3	Organismos de la administración pública de regulación, vigilancia y solución de controversias de la actividad afianzadora en México.	14
	I.3.1 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.....	30
	I.3.2 Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.	40

CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE FIANZA.

II.1	Concepto.....	46
II.2	Objeto.	60
II.3	Características.	60
	II.3.1 Consensual.....	61
	II.3.2 Formal.....	61
	II.3.3 Accesorio	61
	II.3.4 Oneroso	63
	II.3.5 De garantía	63
	II.3.6 Aleatorio.....	63
	II.3.7 De adhesión.....	64

II.3.8	Nominado.....	64
II.3.9	Autónomo.....	64
II.4	Diferencias entre fianza civil y fianza mercantil.....	64
II.5	Clasificación.....	66
II.5.1	En forma accidental	66
II.5.2	Por instituciones de fianzas	66
II.5.2.1	De fidelidad.....	68
II.5.2.2	Judicial.....	70
II.5.2.3	Administrativa.....	73
II.5.2.4	De crédito	74
II.5.2.5	Fideicomiso de garantía	75
II.6	Elementos.....	75
II.6.1	Personales.....	75
II.6.2	Materiales y formales.....	78
II.6.3	De existencia.....	79
II.6.4	Validez.....	80
II.6.5	Reales.....	81
II.7	Particularidades.....	81
II.7.1	Solidaridad.....	81
II.7.2	Reafianzamiento.....	82
II.7.3	Reservas de contingencia y garantías de recuperación	83
II.7.4	Coafianzamiento.....	85

CAPÍTULO III. PROCEDIMIENTOS DE EXIGIBILIDAD.

III.1	Reclamación ante la institución afianzadora.....	87
-------	--	----

III.2	Procedimiento conciliatorio ante la Comisión Nacional Para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.	89
III.3	Procedimiento para fianzas otorgadas a favor de la Federación, Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios.	94

CAPÍTULO IV. JUICIO ESPECIAL DE FIANZAS.

IV.1	Escrito inicial de demanda.	110
IV.2	Contestación y excepciones que puede oponer la Institución Afianzadora.	114
IV.3	Denuncia del pleito al fiado.	117
IV.4	Fijación de la litis en el procedimiento especial de fianzas.	120
IV.5	Supletoriedad en el juicio especial de fianzas.	123
IV.6	Intereses a que se hace acreedora la Institución afianzadora.	128
IV.7	Ejecución de la sentencia definitiva ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.	133
IV.8	Vía ejecutiva mercantil o procedimiento de recuperación.	134

CAPÍTULO V. REFORMAS A LAS FRACCIONES VI Y VIII DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

V.1	La afianzadora sólo puede oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitió a la reclamación de la fianza.	141
V.2	Estricta aplicación de la supletoriedad del Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, respetando los principios que rigen sobre supletoriedad.	149
CONCLUSIONES		158
BIBLIOGRAFÍA		164

INTRODUCCIÓN

El ser humano, a lo largo de su existencia, ha llegado a comprender que es necesaria la convivencia del individuo en sociedad, en forma armónica y respetuosa, con principios de igualdad y equidad, a efecto de lograr una debida relación con sus semejantes, motivo por el cual ha instrumentado mecanismos de limitar las conductas de los integrantes de la sociedad: el sistema normativo – derecho-

Asimismo, cada país ha implementado diversos sistemas normativos al de los demás Estados, aunque establecidos sobre una base común.

En relación con la fianza, ésta ha presentado una evolución a lo largo de la historia de la humanidad, la cual ha sido utilizada desde la época de los sumerios, y considerada por otras antiguas civilizaciones, como los babilónicos, egipcios, los hindúes, hebreos, griegos y romanos, éste último pueblo en el cual está basado nuestro sistema normativo.

En la actualidad, la fianza y en particular la mercantil constituye una forma eficaz para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones, dada la vigilancia y control que sobre las instituciones afianzadoras realiza el Estado.

Por lo anterior, resulta de gran trascendencia el estudio de las normas que regulan la fianza mercantil, sus características y elementos que la integran; el sistema afianzador mexicano, los órganos del Estado de control y vigilancia de dicho sistema, así como los diversos procedimientos para hacer exigible el cobro de las obligaciones garantizadas mediante fianza.

Bajo esa tesitura, en el presente trabajo, se analiza el juicio especial de fianzas sobre la base de las excepciones que pueden oponer las instituciones afianzadoras y el sistema de supletoriedad contemplado en dicho juicio.

Por lo anterior, se proponen dos reformas, la primera a la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto de que en dicho procedimiento se establezca una estricta aplicación supletoria del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, respetando los principios y criterios de supletoriedad, ya que actualmente la citada fracción establece que les son aplicables, supletoriamente, al juicio especial de fianzas, todas las instituciones procesales contempladas en ambos ordenamientos; y en la segunda, se propone una reforma a la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto de que las afianzadoras sólo puedan oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la obligación garantizada mediante póliza, pues el texto vigente de ésta fracción, permite a las afianzadoras oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las de causas de liberación de la fianza.

El presente trabajo tiene como finalidad crear una conciencia jurídica, sobre las consecuencias que se pueden ocasionar por el incumplimiento de las obligaciones, entendidas éstas no sólo de una perspectiva del derecho, sino también como el deber de las personas de realizar las conductas a su cargo con la mayor responsabilidad, como lo puede, en el caso de las afianzadoras, supervisar a sus fiados, contar con la documentación completa de los contratos, etcétera. Todo ello con la finalidad de que nuestro país alcance como meta utilizar el derecho para alcanzar la justicia.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

I.1. DEL CONTRATO DE FIANZA

Para comprender la figura jurídica de la fianza que se pretende estudiar, y sus consecuencias en el campo del derecho, es necesario abordar los antecedentes que han dado origen a la misma en las culturas de la humanidad, así como su evolución en México.

El antecedente más remoto de la fianza es una inscripción que se encuentra en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, rey de Sumer y Akkad, aproximadamente en los años 2568 a 2613 antes de Cristo.

En Babilonia existe el antecedente del Código de Hammurabi, en el que se advierte un tipo de contrato de garantía, como aconteció con los esclavos los cuales podían ser entregados en garantía por una deuda.

En Egipto celebraban matrimonios entre reyes y princesas de diferentes pueblos para garantizar la amistad entre los mismos.

En la India, el otro precedente se localiza en las Leyes de Manú, formadas por doce libros, en este ordenamiento regulaba aspectos hereditarios, así como la conducta de los reyes y la casas militar.

Una de las referencias históricas localiza en Israel, lugar donde la fianza fue conocida en el año 922 antes de Cristo, pues el Rey Salomón advertía a los israelitas:

*"Hijo mío, si incautamente saliste por fiador de tu amigo, y has ligado tu mano con un extraño, tu te has enlazado mediante las palabras de tu boca, y ellas han sido el lazo en que has quedado preso."*¹

En Atenas se encuentra el antecedente del Código promulgado por Dragón, período de la historia Griega en el cual el dinero se alquilaba con garantía de la persona y los deudores morosos quedaban sometidos a la esclavitud; posteriormente en el año 594 antes de Cristo, se realizaron nuevas reformas, en las que se prohibió todo préstamo de dinero o cualquier objeto con garantía de persona.

En Roma la fianza revestía las características propias de ésta, ya que se derivaba de un contrato denominado *stipulatio*, caracterizado por ser un contrato de garantía que se perfeccionaba con el uso de ciertas fórmulas verbales, el cual se consideraba un contrato accesorio de garantía que requería de una obligación válida principal para existir, la cual fue definida como: *"La fianza estipulatoria se definía como un contrato mediante el cual una persona (fiador) se obliga a cumplir en el caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza, no cumpla."*²

Por otra parte, en Roma existieron tres formas de garantizar obligaciones: la *sponsio*, que consistía en el intercambio de una pregunta y una contestación; la *fideipromissio* y la *fideiussio*, ésta última destaca, ya que Justiniano introdujo un beneficio a favor de los fiadores denominado *beneficio excusinis*, consistente en que el fiador podía exigir del acreedor, que persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él para exigir la obligación como garante a su cargo.

¹ Cervantes Altamirano, Efrén. Fianza de Empresa. Antecedentes Históricos y Naturaleza Jurídica. Publicaciones del Semanario de Derecho Mercantil y Bancario. Universidad Nacional Autónoma de México. Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, 1950, p. 2.

² Molina Bello, Manuel. La fianza. Como garantizar sus obligaciones con terceros. Editorial Mc. Graw-Hill. México, 1994, p.6.

Desde la época Romana, existían las garantías reales y personales, las primeras son la prenda e hipoteca, figuras con las que se garantizaba la deuda, y en caso de incumplimiento por el deudor, el acreedor se allegaba de los bienes dados en garantía para el cobro de la deuda; las segundas (garantías personales), servían para garantizar un crédito, que se basaban en la solvencia de un tercero que respondía ante el incumplimiento del fiado; en el caso de la fianza, cuando el deudor incumplía con la obligación garantizada por ésta, el acreedor requería primero al fiado, y ante la negativa a cumplir de éste, requería al fiador el importe de la obligación contraída, situación en la que se presenta la figura de la subrogación, ya que el fiador, al cumplir con la deuda garantizada, se convertía en el nuevo acreedor del deudor principal.

En España, fue en el Fuero Real, Título XVIII del Libro III, en donde se encontraba regulado ampliamente lo relativo a los fiadores. También las Partidas, reglamentaron la fianza, y las principales disposiciones se encontraban previstas en las leyes del Título XII de la Partida V y en el Libro X, Título XI, leyes VII y VIII de la Novísima Recopilación.

Entre las principales características que tenía la fianza en este ordenamiento jurídico, podemos decir que se consideraba un contrato accesorio, no podía exceder del monto de la obligación principal, ni podía obligarse por ella a pagar objeto distinto del debido por el fiado, se admitía que los fiadores pudieran afianzar la deuda en parte, en relación a las formalidades necesarias para el perfeccionamiento del contrato, bastaba la simple manifestación del consentimiento para que tuviera validez, se transmitía a través de la fianza, los derechos y obligaciones derivados de la misma a los herederos, los fiadores gozaban de los beneficios de excusión, división y cesión de acciones, y la forma de extinción de la fianza, era directa, esto es, se extinguía como obligación en sí misma, e indirecta o por vía de consecuencia.

I.2. DE LA ACTIVIDAD AFIANZADORA EN MÉXICO

Respecto de los antecedentes de la actividad afianzadora en México, como nación independiente, Efrén Cervantes Altamirano señala que fue en el Código Civil de 1870, el primero expedido para el Distrito Federal y Territorios Federales, en el que sus autores reconocieron haber recibido una influencia preponderante del derecho romano, del derecho español, de los Códigos Francés, Austriaco y Holandés, y fue el modelo en que se inspiraron la mayor parte de las legislaturas de los Estados al dictar sus Códigos Civiles.

Explica el autor:

“La parte relativa a las fianzas, se reglamentaba cuidadosamente de los artículos 1813 a 1888; pudiendo hacerse al respecto los siguientes comentarios:

Al definirla, empieza con la solemne declaración de que `es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si ésta no lo hace; ello podría poner en tela de juicio el origen contractual de algunas fianzas, sin embargo este razonamiento es falso, pues al reglamentarlo lo hace en el Libro Tercero del mencionado Código que es el de los Contratos.

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

La capacidad exigida para ser fiador es la misma que se exige para contratar; y sólo la mujer por principio, no puede obligarse como tal, sin embargo, la ley señala una serie de excepciones.

Para que la obligación del fiador pueda ser exigible, la del obligado principal debe ser civilmente válida, pues si es simplemente natural, no se tiene acción para reclamar contra el fiador.

El fiador no puede obligarse a más allá de los límites de la deuda principal, puede no obstante si lo desea, afianzar el débito sólo en parte.

Por primera vez en el Código de 1870, se admite la forma expresa que además de ser a título gratuito, la fianza puede pactarse con retribución.³

Refiere el Licenciado Efrén Cervantes Altamirano⁴, que en la codificación civil de 1870 no se exigieron formalidades para el perfeccionamiento del contrato, ya que bastaba el consentimiento expreso de las partes, para que tuviera validez; asimismo, se continuaron transmitiendo los derechos y obligaciones derivados del contrato a los herederos, además de que el fiador al ser demandado de la obligación garantizada, podía oponer todas las excepciones inherentes a la deuda, con excepción de las personales del deudor, el citado Código contemplaba los beneficios de orden, excusión y división, siempre y cuando el fiador no hubiere renunciado a ellos y los hubiere hecho valer al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación. Existía la figura de los fiadores solidarios, en la cual el fiador que hubiere pagado la deuda, podía reclamar de los otros la parte proporcional de la deuda que les correspondía. Cuando el fiador hubiera pagado la obligación garantizada, tenía que notificar tal circunstancia al deudor, para que éste no le opusiera las excepciones que tuviera contra el acreedor. Las formas de extinguir la fianza en el referido Código de mérito, eran la que extinguía la fianza como obligación principal e indirecta o por vía de consecuencia.

³ Cervantes Altamirano, Efrén. Op. cit., p. 14.

⁴ Cfr. *Ibidem.*, p.15.

Por otra parte, en la codificación civil de referencia, en sus artículos 1885 a 1888, reglamentaba las fianzas legales y judiciales, en los que destaca el hecho de que los fiadores no podían pedir la excusión del deudor principal, y en caso que no se les hallara, en vez de fianza tenían que otorgar prenda o hipoteca para responder de la obligación.

En relación con Código Civil de 1884, el autor Efrén Cervantes Altamirano⁵ menciona que la fianza continuó regulada en forma similar a la contemplada en el Código de 1870.

Por lo que hace al Código Civil de 1928, introdujo nuevas modificaciones en materia de fianza, señala el Licenciado Efrén Cervantes Altamirano⁶ que la definición que propone de ésta no deja lugar a dudas sobre su naturaleza jurídica, pues el artículo 2,794 disponía:

“Artículo 2,794. La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace.”

Sin embargo, el autor citado señala que este concepto sólo es aplicable a las fianzas que nacen de contrato, pues las legales y judiciales tiene un origen distinto al de la convencional.

Admite la clasificación de fianza legal, judicial y convencional.

Se acepta la posibilidad de afianzar deudas futuras e ilíquidas, en las cuales la obligación de fiador lo es hasta que lo sea la deuda primigenia.

La obligación del fiador nunca puede exceder a la obligación principal, aunque puede afianzarse en parte.

⁵ Cfr. Ídem.

⁶ Cfr. Ibídem., pp. 17 y 18.

Por otra parte, los herederos del fiador, responden en forma proporcional según la cuota que les corresponda del haber hereditario de las obligaciones del fiador.

El Código de 1928, establecía que la fianza no podía existir sin una obligación válida, así como los beneficios de orden, excusión y división, siempre y cuando no se hubiere renunciado a éstos.

En relación a las formalidades para la celebración del contrato, no requería formulas especiales bastaba la simple manifestación del consentimiento en forma expresa, para que el mismo tuviera plena validez.

Por último, en la codificación en comento se agregó un capítulo que reglamentaba las fianzas legales o judiciales, (artículos 2850 a 2855).

Resulta necesario precisar que a partir de las reformas de veinticinco y veintinueve de mayo de dos mil dos, se cambió la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, vigente hasta dicha fecha, ya que a partir de las aludidas reformas, se dividió el ámbito de aplicación del mismo Código, por lo que, se “creó” el Código Civil para el Distrito Federal, y el Código Civil Federal.

En relación a la fianza mercantil, establece el Maestro Cervantes Altamirano Efrén⁷, que el Código de Comercio de 1854, disponía que las fianzas eran mercantiles cuando tenían por objeto asegurar el cumplimiento de contratos de comercio; y que la reglamentación de las fianzas mercantiles en el Código de Comercio de 1884 era una copia del primero.

⁷ Cfr. *Ibidem.*, pp. 24 y 25.

Asimismo, advierte que en el Código de Comercio de 1890, no se reglamentó lo relativo a las fianzas mercantiles, ya que llega a la conclusión de que el legislador, prefirió dejar su reglamentación a leyes especiales.

No obstante que no se comparte el criterio de la mayoría de los autores, en hacer una clasificación o diferencia entre *la fianza mercantil y la fianza de empresa*, por los motivos que se expondrán en el siguiente capítulo, se realizará una breve reseña histórica de la erróneamente denominada *fianza de empresa*.

Sobre el particular, el Licenciado Efrén Cervantes Altamirano, expone que la *fianza de empresa* tuvo sus orígenes en Inglaterra ya que precisa:

“Antes de 1720, cuando en Inglaterra hicieron su aparición muchas extrañas posiciones de seguro, una de las compañías ofreció asegurar a los amos contra pérdidas provenientes de la deshonestidad de sus criados. Algunas veces se ha dicho que ello marca el primer intento de un afianzamiento corporativo. De una manera más definida, el negocio de la fidelidad fue establecido en 1840 con la organización en Inglaterra de una Compañía para formalizar el negocio ‘Sociedad de Garantía de Londres’. El Afianzamiento de empresa fue lento en su desarrollo. Al principio encontró difícil sustituir por una corporación impersonal, al afianzador personal, localmente conocido. La gran renuencia de los individuos a la asunción gratuita de las obligaciones en las que no contenían un interés inmediato, favoreció su desenvolvimiento. Con la aceptación de fiadores corporativos con propósitos legales, creció el negocio y los individuos se fueron resistiendo cada vez más a obligarse, cuando por una remuneración se podían obtener fácilmente las fianzas de las Corporaciones.”⁸

Asimismo, expone que el antecedente de la actividad afianzadora en México, se localiza en el Decreto de tres de junio de mil novecientos ochenta y cinco, por

⁸ Ibidem., pp.27 y 28.

el que se autorizó al Ejecutivo Federal para otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a practicar operaciones de caución para el manejo de empleados y funcionarios públicos.

Una de las características, era que la federación tenía un término de entre ocho y treinta días, para exigir a las compañías afianzadoras, el pago de los desfalcos de los empleados afianzados, en la cual destaca la facultad de la institución afianzadora de cerciorarse, el pago realizado de la obligación garantizada, subrogaba en los derechos que tenía el fisco.

Para poder retirar sus fianzas tenían que dar avisó por escrito a las autoridades acreedoras, para que el fiado rindiera su informe y la garantía siguiera vigente hasta por treinta días.

El siguiente antecedente con el que se cuenta es el Contrato-concesión de 1895, celebrado entre el Gobierno Federal con Guillermo Obregón y Zan L. Tidball, para establecer en México la primera compañía de fianzas, la principal característica de este contrato concesión fue el hecho de que sólo fijó las bases para otorgar las fianzas de los empleados federales.

Posteriormente, existieron diversas circulares que únicamente hicieron aclaraciones en relación a las exigencias para que los empleados se afianzaran.

El 8 de mayo de 1901, el Gobierno Federal celebró un nuevo contrato que reformaba al de 1895, entre las principales características destaca la circunstancia de que todas las fianzas y cauciones se tenían que otorgar en forma de *póliza de fianza*, que se otorgaban en los términos que fijaba las Secretaría de Hacienda y demás funcionarios públicos. También sobresale la disposición contenida en el artículo 7º, el cual establecía que la responsabilidad de la fiadora, se limita a lo pactado en el contrato y su respectiva póliza. La duración de las fianzas era de un año.

En esta reforma, también se contemplaba la subrogación de la compañía afianzadora en los derechos y acciones pertenecientes al Fisco o acreedor.

Hacia 1910, se expidió la *Ley sobre Compañías de Fianzas*, de la que se destaca que:

- No se especificó el tipo de sociedad en que tenían que organizarse las instituciones de fianzas;
- La Secretaría de Hacienda era la competente, para autorizar el funcionamiento de las instituciones afianzadoras, fijar los requisitos de admisibilidad de las fianzas y cancelar las autorizaciones para funcionar como afianzadora;
- Las fianzas se encontraban clasificadas en: de fidelidad; de garantía de pago de impuestos, rentas y multas; y de garantías de cumplimiento de obligaciones de contratos a favor del Estado; y
- Se consideraba a las instituciones de fianza de acreditada solvencia y tenían derecho de prelación sobre los bienes de fiado.

Después, el 24 de junio de 1910, se expidieron las *32 Bases Reglamentarias* sobre las cuales debían otorgarse las fianzas a favor de la Hacienda Pública, en las que destaca:

- Las fianzas se tenían que otorgar en forma de póliza,
- Se limitó la responsabilidad de la afianzadora a lo convenido en la póliza;
- La vigencia de la fianzas era de un año, la cual era prorrogable;

- El plazo de prescripción de las póliza de fianza era de tres años, a partir de su vencimiento o de su exigibilidad; y
- En caso de que las afianzadoras se inconformaran con la resolución administrativa que decretaba el pago de la obligación caucionada, podía acudir a los tribunales comunes para dirimir dicha controversia.

Después de quince años de vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas y las 32 Bases Orgánicas de 1910, el 11 de marzo de 1925 se expidió una *nueva Ley sobre Compañías de Fianzas*, además de las características que contemplaba su antecesora, de dicha reglamentación se puede destacar además:

- Se facultaba a las instituciones afianzadoras para otorgar fianzas a favor de particulares;
- Se consideraba a las afianzadoras como instituciones de crédito, por lo que quedaron sujetas a la normatividad aplicable;
- Se exigía que éstas se constituyeran bajo el régimen de sociedad anónima;
- Existían una serie de prohibiciones para evitar que desvirtuaran su objeto; y
- Se les prohibió a los particulares expedir fianzas en forma sistemática, ya que constituía un delito.

Con la expedición de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, quedó derogada la Ley sobre Compañías de Fianzas, esta nueva legislación, en su Capítulo IX, el cual versaba sobre las

instituciones afianzadoras, no introdujo modificaciones substanciales al régimen afianzador.

En el año de 1934, se expidió la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en la cual se dejó subsistente el Capítulo IX, de su antecesora, y las 32 Bases Reglamentarias.

Una importante innovación de éste ordenamiento jurídico, fue el hecho de que las instituciones de crédito podían otorgar fianzas.

También, se estableció la prohibición a los individuos y compañías, celebrar contratos de fianza sin estar autorizados por el Gobierno Federal, a menos que la *fianza fuera accidental*.

Por oficio de 23 de febrero de 1939, el Gobierno Federal indicó a las compañías afianzadoras que, para que sus fianzas fueran aceptadas, era indispensable que no excedieran en cada caso del 20% del capital y reservas del mismo. En caso de que sobrepasaran ese margen, se podían reafianzar por el excedente con otras compañías afianzadoras.

Hacia el año de 1942 se expidió la Ley de Instituciones de Fianzas, de ésta reglamentación se destaca, que el Título V normaba los procedimientos que debían seguirse en el caso de reclamaciones contra las instituciones de fianzas.

El artículo 92 contemplaba un procedimiento conciliatorio el cual estaban obligados a agotar, previamente los beneficiarios de las fianzas ante la Secretaría de Hacienda, pues debían tramitar su reclamación en la Comisión Consultiva de Fianzas de dicha Secretaría, y si ésta consideraba que la afianzadora estaba obligada a pagar, le ordenaba constituir una reserva para obligaciones pendientes de cumplir y depositar efectivo o valores de fácil realización en Nacional Financiera Sociedad Anónima. Mientras existiera este

procedimiento conciliatorio, los beneficiarios no podían acudir a los Tribunales a dirimir el conflicto. En caso de ser condenada la institución afianzadora, se debía comunicar tal circunstancia a la Secretaría de Hacienda, para que ésta pudiera autorizar el retiro de la reserva, y ordenaba pagar a la afianzadora, y para el caso de no cumplir, remataba en bolsa los valores depositados.

Otro procedimiento contemplado era aquel que instauraban los beneficiarios de las fianzas cuando éstos eran entes federales, estatales o municipales, antecesor del juicio especial de fianzas, el cual consistía en que dichos beneficiarios tenían que exigir a las instituciones de fianzas la obligación consignada en el texto de la póliza, cuando ésta se hiciera exigible; si no obtenían respuesta en un plazo de 30 días, tenían que presentar ante la Secretaría de Hacienda una reclamación en forma de demanda, que debía contestar la institución afianzadora en plazo de cinco días, hecho lo anterior se abría el procedimiento a un dilación probatoria de diez días, y fenecido dicho término se pasaba al período de alegatos por un término de cinco días, y finalmente a los diez días siguientes la Secretaría de Hacienda pronunciaba su resolución, la cual era recurrible dentro de los quince días ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Entre las disposiciones que se pueden destacar, se encuentra la contemplada en el artículo 124 que consideraba mercantiles a las operaciones practicadas por las afianzadoras. Asimismo, puede destacarse el artículo primero transitorio, el cual preveía que los ordenamientos jurídicos aplicables supletoriamente serían el Código de Comercio y en ausencia de éste, el Código Civil.

Por otra parte, suprimió el derecho de las instituciones de fianzas de prevalecerse de los beneficios de orden y excusión en las reclamaciones planteadas.

Otro tema a destacar, es la prescripción contemplada en esta normatividad, la cual era de dos años para ejercitar las acciones contra las instituciones afianzadoras.

Este ordenamiento jurídico tuvo diversas reformas en 1946 y 1949, mismas que serían el precedente para la ley de 1950.

Como preámbulo de lo que será el análisis de la vigente Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es conveniente señalar algunos aspectos sobre la trascendencia en el marco jurídico mexicano de dicha normatividad; al respecto el Maestro Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores, expone:

"La Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 26 de diciembre de 1950, fue considerada como la disposición en materia de fianzas hasta entonces, que recogió todos los antecedentes legislativos del pasado. A partir de esta época la fianza de empresa, otorgada por las compañías afianzadoras autorizadas para operar en todo el país, sostuvo un crecimiento sostenido, al incorporar en la Ley de Obras Públicas la necesidad de obtener una garantía para contratos con el Gobierno Federal. Por ello, la fianza de empresa, constituyó un instrumento de uso generalizado y de utilidad evidente, debido a que dio la seguridad y firmeza a todo genero de relaciones contractuales."⁹

I.3. ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE REGULACIÓN, VIGILANCIA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA ACTIVIDAD AFIANZADORA EN MÉXICO

En la actualidad, como en el pasado, la actividad afianzadora en México, es controlada a través de órganos estatales que regulan, vigilan, solucionan, y

⁹ Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. El contrato de Fianza. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 45.

dirimen controversias relacionadas con la actividad afianzadora en México. Dicho control se encuentra previsto en diversos artículos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que contempla todas las actividades que pueden realizar las instituciones de fianzas, ya sea para la expedición de fianzas, responder a las obligaciones que garantizan, etcétera.

Los numerales 1º y 5º, primer párrafo, de ésta ley, disponen:

“Artículo 1º.- La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad afianzadora, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.

Esta Ley se aplicará a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento.

Competerá exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuanto en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la presente.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, será el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de esta Ley y en general para todo cuanto se refiere a las instituciones de fianzas.

La propia Secretaría podrá solicitar cuando así lo estime conveniente, la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten.

En la aplicación de esta Ley, la mencionada Secretaría con la intervención que, en su caso, corresponda a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, deberá procurar un desarrollo equilibrado del sistema afianzador, y una competencia sana entre las instituciones de fianzas que lo integran.”

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

De los citados preceptos se puede establecer que es competencia exclusiva de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la toma de medidas relativas a la creación y funcionamiento de las institucionales nacionales de fianzas; para interpretar, aplicar y resolver, con efectos administrativos todo lo relacionado con las instituciones de fianzas; procurar con la intervención que, en su caso, corresponda a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; lograr un equilibrio en el sistema afianzador y una competencia sana entre las instituciones de fianzas.

Por otra parte, también se advierte que para funcionar como institución afianzadora es necesario contar con la autorización del gobierno federal a través de la citada secretaría de estado. La solicitud de autorización exige los requisitos contemplados en el artículo 7º de ley en comento, que dispone:

"Artículo 7º.- Las personas que soliciten autorización para constituir una institución de fianzas, se sujetarán a lo dispuesto en esta Ley y deberán cumplir con los siguientes requisitos:

I.- Presentar el proyecto de escritura constitutiva o contrato social;

II.- Presentar la relación de los socios fundadores, indicando su nacionalidad, el capital que suscribirán, la forma en que lo pagarán, así como el origen de los recursos con los que se realizará dicho pago;

III.- Presentar un programa estratégico para la implementación de las políticas y normas a que se refiere el numeral 1 de la fracción I del artículo 15 Bis de esta Ley;

IV.- Señalar los nombres, nacionalidad, domicilios y ocupaciones de los consejeros, funcionarios y contralor normativo, quienes deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 15, fracciones VIII Bis y VIII Bis-1 de esta Ley;

V.- Presentar un plan de actividades que como mínimo, contemple:

- a) el capital social inicial;
- b) las bases relativas a su organización y control interno;
- c) las previsiones de cobertura geográfica y segmentos de mercado que pretendan atender, y
- d) los programas de operación técnica y suscripción de fianzas, respecto a los ramos y subramos para los cuales están solicitando autorización, y

VI.- Presentar el 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% del capital mínimo con que deba operar, según esta Ley.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dictará las reglas de carácter general en las que se establecerá la forma y términos en que se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos anteriores.

La autorización respectiva quedará sujeta a la condición de que la empresa de fianzas quede organizada y dé comienzo a sus operaciones en los plazos a que se refieren la fracción I del artículo 105 de esta Ley.

El depósito a que se refiere la fracción VI de este artículo, se devolverá al comenzar las operaciones o denegarse la autorización, pero se aplicará al fisco federal, si otorgada la misma no se cumple la condición señalada en el párrafo anterior. En el caso de que se deniegue la autorización, la autoridad podrá retener al solicitante, hasta el 10% del depósito y lo aplicará al fisco federal en razón de las erogaciones que en el trámite se hubieran hecho.

La solicitud que presente una institución de fianzas para modificar la autorización bajo la cual opere, a fin de cambiar o ampliar los ramos o subramos correspondientes, deberá cumplir en lo conducente los requisitos previstos en las fracciones I a V de este artículo, señalando los ajustes que, en su caso, efectuará con respecto a los mismos. En este caso, deberá sujetarse a lo establecido en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 105 de esta Ley."

Por otro lado, en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas existen diversas facultades con que cuenta la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como órgano estatal de supervisión, vigilancia y control de la actividad afianzadora. Se

procede a realizar una síntesis de las que se consideran más relevantes, entre las que destacan, independientemente de las ya mencionadas, las siguientes:

- Determina el capital mínimo pagado, por cada ramo que se les autorice a las instituciones afianzadoras; para realizar dicha determinación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, toma en consideración diversos aspectos, como: la suma del capital pagado, la situación del país, etcétera, a fin de procurar un sano y equilibrado desarrollo del sistema afianzador (fracción II del artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones e Fianzas);
- Realiza la designación del los consejeros de las instituciones nacionales de fianzas; lo anterior, dada su naturaleza de instituciones nacionales (fracción VIII Bis-2, primer párrafo, del artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Designa al Director General de las instituciones nacionales de fianzas; es el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya que se trata de instituciones nacionales (fracción VIII Bis-2, segundo párrafo, del artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Aprueba la escritura constitutiva y cualquier modificación; ello en virtud de que necesita verificar si se reúnen los requisitos previstos en la ley, a fin de determinar si se cumplen con los requisitos establecidos en la ley (artículo 15 fracción X de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Autoriza el traspaso, fusión o escisión de instituciones de fianzas; dicha autorización, la realiza la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tomando en cuenta lo que en su caso hubieran manifestado los beneficiarios, respecto de loa avisos que publico en su oficina matriz

(fracción XI del artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Otorga la autorización para funcionar como filial de una institución afianzadora; ésta facultad se encuentra establecida en el artículo 15-B de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y su otorgamiento es de carácter discrecional, cabe señalar que la fracción I, del artículo 15-A de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, define a la filial como una sociedad mexicana autorizada para organizarse y funcionar, conforme a dicha, como institución de fianzas, y en cuyo capital participa una Institución Financiera del Exterior o una Sociedad Controladora Filial;

- Autoriza a las instituciones financieras del exterior, a las sociedades controladoras filiales o a las filiales, la adquisición de acciones de una institución de fianzas; para obtener esa autorización se deben reunir los requisitos que establece el artículo 15-I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; es de señalarse que las fracciones II y III, del artículo 15-A de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, definen, respectivamente, a las instituciones financieras del exterior como las entidades financieras constituidas en un país con el que México celebró un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se les permita el establecimiento en territorio nacional de Filiales y a las sociedades controladoras filiales como las sociedades mexicanas autorizadas para constituirse y operar como sociedades controladoras en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, y en cuyo capital participe una Institución Financiera del Exterior;

- Dicta reglas de carácter general para realizar operaciones de reaseguro financiero; facultad contemplada en el fracción I Bis, del artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para emitir las reglas, la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, establece los criterios y requisitos específicos para considerar que un contrato de reafianzamiento o reaseguro comprende una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, considerando, aspectos como la probabilidad de pérdida que enfrente el reasegurador o reafianzador respecto de la cartera cedida, la proporcionalidad de la pérdida entre la cedente y el reasegurador o reafianzador con relación a la prima cedida, etcétera; el reaseguro financiero es definido por el artículo 114 Bis de la ley en, como el contrato en virtud del cual una empresa de fianzas, realiza una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, pactando como parte de la operación la posibilidad de recibir financiamiento del reasegurador o reafianzador;

- Puede ordenar la suspensión de las operaciones de fideicomiso en que participen las instituciones de fianzas, que infrinjan las reglas que en su caso emita el Banco de México; lo anterior es así, en virtud de que es éste último quien emite las características a que deben sujetarse dichas operaciones, mediante reglas de carácter general (fracción XV, tercer párrafo, inciso a), del artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Determina el monto máximo de recursos que una institución de fianzas podrá recibir en fideicomiso; para lo cual deberá considerar su capital pagado, su requerimiento mínimo de capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia (fracción XV, tercer párrafo, inciso g), del artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas;

- Establece a través de reglas de carácter general, los límites máximos de emisión y de retención por fianza y por la acumulación de responsabilidades por fiado, grupos de fiados u operación de reafianzamiento, a que deben sujetarse las instituciones de fianzas; ello a fin de procurar la adecuada distribución de sus responsabilidades (artículo 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Puede autorizar otras garantías de recuperación; ello en virtud de que el artículo 24 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, contempla en principio, la prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza o afectación en garantía, como garantías de recuperación;

- Lleva el registro de las entidades de exterior facultadas en su país para celebrar contratos de reafianzamiento; dicha institución debe estar inscrita en el aludido Registro General, pues de lo contrario no podrá celebrar contratos de reafianzamiento, además de que puede acontecer que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, niegue su inscripción o cancelarla (artículo 34 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Establece limitaciones al reafianzamiento tomado y cedido; para ello deberá tomar en cuenta las responsabilidades asumidas por las instituciones de fianzas (artículo 35 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Determina mediante reglas de carácter general los requisitos que deben cubrir las instituciones de fianzas para obligarse en moneda extranjera, y que tipo de fianzas por su naturaleza se consideran peligrosas; para ello debe de señalar las garantías que deben tener, la proporción mínima entre dichas garantías y la responsabilidad de la institución de fianzas, las primas, documentación y demás condiciones de colocación

así como, en su caso, la contratación de reafianzamiento o cofianzamiento (artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Establece los montos, forma y términos para la constitución de reservas técnicas de fianzas en vigor y contingencia para cada tipo de fianza otorgada, las cuales se invertirán en los bienes y valores que la Secretaría señale (artículo 46 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas); el párrafo primero del artículo 47 de la referida ley, señala que la reserva de fianzas en vigor, constituye el monto de recursos suficientes para cubrir el pago de las reclamaciones esperadas que se deriven de las responsabilidades retenidas por fianzas en vigor, en tanto las instituciones se adjudican y hacen líquidas las garantías de recuperación recabadas; y el segundo párrafo de dicho numeral establece que la reserva de contingencia constituye el monto de recursos necesarios para cubrir posibles desviaciones en el pago de las reclamaciones esperadas que se deriven de las responsabilidades retenidas por fianzas en vigor, así como para enfrentar cambios en el patrón de pago de sus reclamaciones, en tanto las instituciones se adjudican y hacen líquidas las garantías de recuperación recabadas.

- Autoriza a las instituciones de fianzas otorgar garantías en forma de aval; lo anterior, dado que se trata de una prohibición (artículo 60 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Emite reglas de carácter general para la valuación y afectaciones de bienes que reciban las afianzadoras en pago de adeudos o por adjudicación en remate de juicios; lo anterior dado que les está prohibido a las instituciones de fianzas adquirir bienes, títulos o valores

que no deban conservar en su activo (fracción IX del artículo 60 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Autoriza la inversión en: acciones de sociedades que presten sus servicios a las instituciones de fianzas o efectúen operaciones con ellas; en el capital social de otras instituciones de fianzas o de instituciones de seguros o de reaseguro o reafianzamiento y en títulos representativos de sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a sus oficinas, (artículos 79, 79 Bis 1 y 79 Bis 2 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), en virtud de que se trata de las reservas técnicas establecidas;
- Impone medidas de apremio, a fin de lograr el desempeño de las atribuciones que les son conferidas, puede ser multa, fractura de cerraduras, y solicitar a autoridades civiles su apoyo (artículo 80 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Revoca, modifica o confirma las resoluciones que emita la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en términos del artículo 82 de la ley de la materia; dicho numeral se refiere al procedimiento de remoción o suspensión que efectúa la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas respecto de los miembros del consejo de administración, contralor normativo, directores generales, etcétera que puedan obligar con su firma a la institución, cuando considere que no cuentan con la suficiente calidad técnica, y demás características o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a la presente Ley o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven;
- Determina administrativamente que cláusulas están obligadas a incluir invariablemente las instituciones de fianzas; en el texto de la póliza

(cuarto párrafo del artículo 85 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas);

- Revocar la autorización para operar como institución de fianzas, en los supuestos previsto en la ley; éstos supuesto se encuentran contemplados en el artículo 105 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, entre las que destaca la prevista en la fracción II, consistente en que la institución de fianzas no mantenga adecuadamente constituidas las reservas técnicas;
- En la liquidación en la vía administrativa de las instituciones de fianzas, designa a uno o varios liquidadores, y le fija equitativamente su honorarios (artículo 106 fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- En caso de liquidación administrativa de las afianzadoras, establece los plazos para que los beneficiarios de las fianzas realicen la substitución de sus garantías o gestionen su traspaso a otra institución de fianzas; ya que de lo contrario deberían formular su demanda de reconocimiento de crédito (artículo 106 fracción II de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)
- Dicta la resolución de graduación de créditos en caso de liquidación administrativa de las instituciones afianzadoras (artículo 106, fracción VIII segundo párrafo, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Inspecciona y vigila a las instituciones de fianzas en el procedimiento de liquidación; a fin de observar que se cumplan las disposiciones de la ley de la materia (artículo 109 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- En los concursos mercantiles de las instituciones afianzadoras, tiene las atribuciones que el Capítulo III del Título Octavo de la Ley de Concursos Mercantiles asigna a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; estos, puede demandar la declaración de concurso mercantil de una institución auxiliar del crédito, etcétera (artículo 255 de la Ley de Concursos Mercantiles);
- Hace efectivas, a través de sus autoridades, las multas que impuestas administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; en este caso se refiere a sanciones administrativas (artículo 110 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)y,
- Es la facultada para formular la petición para proceder penalmente por los delitos previstos en los artículos 112 Bis a 112 Bis 7 y 112 Bis 9 de la referida ley., previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, también a petición de la institución de fianzas ofendida (artículo 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Por otra parte, el reglamento interno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, establece a que dirección competen algunas de las facultades citadas en líneas arriba.

Por lo que corresponde a la Dirección General de Seguros y Valores, el artículo 32 señala que compete a esta Dirección lo siguiente:

“I. Formular, para aprobación superior, las políticas de promoción, desarrollo, regulación y supervisión de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, de las reaseguradoras extranjeras, de las oficinas de representación de reaseguradoras extranjeras, de las instituciones de fianzas, de los consorcios de instituciones de seguros y de fianzas...”

III. Proponer, para aprobación superior, las actividades de planeación, coordinación, vigilancia y evaluación de las entidades financieras a que se refiere

la fracción I de este artículo, que tengan el carácter de entidades de la Administración Pública Federal; así como ejercer las facultades de la Secretaría relacionadas con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Lo anterior, exceptuando aquellas que correspondan al Secretario con carácter de indelegable...

V. Proponer, para aprobación superior, las resoluciones sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar, operar y funcionar, según sea el caso, como cualquiera de las entidades financieras a que se refiere la fracción I de este artículo...

VII. Autorizar la fusión o escisión de las entidades a que se refiere la fracción I del presente artículo...

VIII. Resolver sobre cualquier modificación a las autorizaciones o concesiones señaladas en la fracción V...

IX. Imponer sanciones, así como tramitar y resolver los recursos administrativos establecidos como competencia de la Secretaría por las leyes que regulan las entidades y actividades financieras señaladas en la fracción I de este artículo.

X. Recibir de las afianzadoras la información relativa a las designaciones de apoderados y sus domicilios para recibir requerimientos de pago por fianzas exigibles y darla a conocer a las oficinas ejecutoras y, en su caso, ordenar el remate en bolsa o mercados de amplia bursatilidad autorizados, de valores propiedad de las afianzadoras que no hagan el pago respectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 143, inciso b) del Código Fiscal de la Federación;

XII. Coordinar la aplicación de los mecanismos de control de gestión de las promociones presentadas por las instituciones y sociedades a que se refiere la fracción I de este artículo;

XIV. Participar en la evaluación de la operación y desempeño de las entidades y actividades señaladas en la fracción I de este artículo;

XVII. Otorgar y cancelar la inscripción de reaseguradoras extranjeras en el Registro General de Reaseguradoras Extranjeras y llevar los registros que sean competencia de la Secretaría conforme a las leyes que rigen las entidades y actividades señaladas en la fracción I de este artículo;

XVIII. Resolver los asuntos relacionados con la aplicación de los ordenamientos legales que regulan las entidades y materias referidas en la fracción I de este artículo, que sean competencia de la Secretaría, siempre y cuando no formen parte de las facultades indelegables del Secretario, sin perjuicio de la participación que en el ámbito de su competencia corresponda a otras unidades administrativas de la Secretaría;

XIX. Proponer, para aprobación superior y en el ámbito de su competencia, las disposiciones de carácter general que, de conformidad con el artículo 95 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y demás relativos de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tengan por objeto prevenir, detectar y reportar actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable delito, o financien la comisión del mismo;

XX. Participar en el diseño de las formas oficiales, que tengan que utilizar las entidades financieras mencionadas en la fracción I de este artículo, para reportar operaciones en los términos de las leyes financieras y disposiciones señaladas en la fracción anterior;

XXI. Autorizar y registrar, en su caso, los manuales de operación que las entidades financieras mencionadas en la fracción I de este artículo tengan que elaborar en los términos de las disposiciones señaladas en la fracción XIX de este artículo.

XXIII. Proponer, para atención superior, las propuestas de iniciativa de decretos, reformas, adiciones, derogaciones y abrogaciones a las disposiciones legales aplicables a las entidades y actividades señaladas en la fracción I de este artículo, con el propósito de impulsar el sano desarrollo y competitividad del sistema financiero, sin perjuicio de la participación que en el ámbito de su competencia corresponda a otras unidades administrativas de la Secretaría."¹⁰

Del citado precepto, se advierte que a ésta Dirección compete realizar algunas de las más importantes facultades conferidas a la Secretaría de Hacienda y Crédito como es, en el caso del sector afianzador, formular las políticas de regulación y supervisión de las instituciones de fianzas; proponer actividades de vigilancia y evaluación de las instituciones de fianzas; proponer las resoluciones

¹⁰ Página de Internet de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. www.shcp.gob.mx

sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar, operar y funcionar, como instituciones de fianzas; autorizar la fusión o escisión de las instituciones de fianza y resolver sobre cualquier modificación a las autorizaciones o concesiones; proponer las propuestas de iniciativa de decretos, reformas, adiciones, derogaciones y abrogaciones a las disposiciones legales aplicables a las instituciones de fianzas, etcétera.

Asimismo, el artículo 33 de la referida reglamentación dispone:

"Artículo 33.- Compete a la Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas:

I. Participar en la formulación de las políticas de promoción, desarrollo, regulación y supervisión de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros y fianzas y de sus consorcios, de las reaseguradoras extranjeras, oficinas de representación de reaseguradoras extranjeras, así como de las actividades de seguros y fianzas;

II. Coadyuvar, con la Dirección General Adjunta de Normatividad y Coordinación Sectorial, en la resolución de los asuntos referentes a grupos financieros, competencia de la Dirección General de Seguros y Valores, en los casos en los que estén relacionadas las entidades señaladas en la fracción I de este artículo;

III. Efectuar el análisis, propuestas y seguimiento de las políticas, programas y mecanismos en materia de seguros y fianzas, así como evaluar sus resultados;

IV. Proponer, para aprobación superior, las resoluciones sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar y funcionar, según sea el caso, como cualquiera de las entidades a que se refiere la fracción I de este artículo, así como sobre la revocación de las autorizaciones que se hubiesen otorgado para tales efectos, conforme a las disposiciones legales respectivas;

V. Resolver sobre los asuntos relacionados con la aplicación de los ordenamientos legales que rigen a las entidades y actividades señaladas en la fracción I de este artículo.

VI. Participar en las actividades de planeación, coordinación, vigilancia, evaluación, promoción, regulación, supervisión, coordinación sectorial y seguimiento de las políticas y los programas institucionales de las entidades a que

se refiere la fracción I de este artículo, que tengan el carácter de entidades de la Administración Pública Federal; así como ejercer las facultades de la Dirección General de Seguros y Valores relacionadas con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Lo anterior, exceptuando aquellas que correspondan al Secretario con carácter de indelegable, así como a otras unidades administrativas de esta Secretaría en materia presupuestal, de administración de sueldos, de prestaciones o de ministración de recursos;

VII. Tramitar la imposición de sanciones y los recursos administrativos establecidos en las leyes que rigen las entidades y actividades señaladas en la fracción I de este artículo;

VIII. Proponer y someter a consideración del Director General de Seguros y Valores, la designación o remoción de representantes de la Secretaría ante los órganos de gobierno de las instituciones a que se refiere la fracción I de este artículo que tengan el carácter de entidades de la Administración Pública Federal y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como los lineamientos generales conforme a los cuales deberán actuar dichos representantes, y

IX. Ejercer, previo acuerdo superior, las atribuciones de la Dirección General de Seguros y Valores en las materias de seguros y fianzas y, en su caso, recibir de las afianzadoras la información relativa a las designaciones de apoderados y sus domicilios para recibir el requerimiento de pago por fianzas exigibles y darla a conocer a las oficinas ejecutoras y, llegado el caso, proponer para aprobación superior el remate en bolsa o mercados de amplia bursatilidad autorizado, de valores propiedad de las afianzadoras que no hagan el pago respectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 143, inciso b) del Código Fiscal de la Federación."¹¹

Del referido precepto, se advierte que esta Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas, es la especializada en materia de fianzas, y es a quien, en materia de fianzas, le compete la formulación de las políticas de regulación y supervisión de las instituciones de fianzas y de sus consorcios; coadyuva; proponer las resoluciones sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar y funcionar, como instituciones de fianzas, así como sobre la revocación de las autorizaciones, etcétera.

¹¹ Página de Internet de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. www.shcp.gob.mx

I.3.1. COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS

Una vez realizado un breve estudio de la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como órgano estatal de control, vigilancia y supervisión de la actividad afianzadora en México, corresponde el análisis de las atribuciones concernientes a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El Doctor Jesús de la Fuente Rodríguez¹², refiere que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, fue creada mediante decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, publicado el 3 de enero de 1990 en el Diario Oficial de la Federación.

Explica el doctrinario que:

“El objetivo fundamental de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, es garantizar al público usuario de seguros y de fianzas, que los servicios y actividades que las entidades realizan, se apeguen a lo establecido por las Leyes, lo que se traduce en la misión que habrá de cumplir dicha Comisión.”¹³

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 108 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que dispone:

“Artículo 108.- La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se sujetará a

¹² Cfr. De La Fuente Rodríguez, Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros. Tomo I. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000, p. 192.

¹³ De La Fuente Rodríguez, Jesús. Op. cit., p. 192.

esta Ley, al Reglamento Interior que al efecto emita el Ejecutivo Federal y tendrá las facultades siguientes...”

Ahora bien, debe decirse que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es el principal órgano estatal de inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas, así como de las personas y empresas a que se refiere la ley de la materia, de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 66, el cual señala:

“Artículo 66.- La inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas, así como de las demás personas y empresas a que se refiere esta Ley, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de la misma, queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los términos de esta Ley y del reglamento que para esos efectos expida el Ejecutivo Federal, la que además de las facultades y obligaciones que le atribuye esta propia Ley, se regirá para esos efectos en materia de fianzas y respecto de las instituciones y demás personas mencionadas, por las disposiciones relativas a la inspección y vigilancia de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.”

Resulta necesario hacer la observación de que el artículo citado señala que dicha comisión tendrá las facultades que le atribuye ésta ley, además de las relativas a la inspección y vigilancia establecidas en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, pues como ya se precisó, en ella encuentra el fundamento legal de su existencia como órgano desconcentrado de la administración pública federal.

Por otra parte, sus principales atribuciones y deberes, en materia de fianzas, se encuentran contempladas en el artículo 68 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual dispone:

“Artículo 68.- Serán facultades y deberes de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, además de las que se le atribuyen en otros artículos de la presente Ley, las siguientes:

1.- Actuar como cuerpo de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los casos que se refieran al régimen afianzador y en los demás que la ley determine.

II.- Hacer los estudios que se le encomienden y presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las sugerencias que estime adecuadas para 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 de la propia Secretaría, y

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

IV Bis.- Emitir, en el ámbito de su competencia, las normas de carácter prudencial orientadas a preservar la solvencia, liquidez y estabilidad financiera de las instituciones de fianzas;

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.

Corresponderá a la Junta de Gobierno de la Comisión, la imposición de sanciones, la que podrá delegar esta atribución en el Presidente y los demás servidores públicos de la misma, en razón de la naturaleza de la infracción o del monto de las multas y tendrá asimismo la facultad indelegable de condonar, en su caso, total o parcialmente las multas impuestas.

Las multas impuestas en los términos de la presente Ley y demás leyes que regulan las actividades, instituciones y personas sujetas a la inspección y vigilancia de la citada Comisión, así como a las disposiciones que emanen de ellas, deberán ser pagadas dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación y cuando el infractor promueva cualquier medio de defensa legal en contra de la multa que se le hubiere aplicado en caso de que ésta resulte confirmada, total o parcialmente, su importe deberá ser cubierto de inmediato una vez que se notifique al infractor la resolución correspondiente.

En contra de las sanciones procederá el recurso de revocación, mismo que deberá interponerse por escrito dentro de los quince días hábiles siguientes al de su notificación y deberá agotarse antes de proceder al ejercicio de cualquier otro medio de impugnación.

El recurso señalado deberá interponerse ante la Junta de Gobierno de la Comisión, cuando la sanción haya sido emitida por ese cuerpo colegiado o por el Presidente de la Comisión o, ante este último cuando se trate de sanciones impuestas por los otros servidores públicos de ese órgano desconcentrado. El escrito en que la parte afectada interponga el recurso, deberá contener la expresión del acto impugnado y los agravios que el mismo cause, ofreciendo y cuando sea posible acompañando, las pruebas que al efecto juzgue convenientes.

Cuando no se señale el acto impugnado o no se expresen agravios, la autoridad competente desechará por improcedente el recurso interpuesto. Si se omitieron las pruebas, se tendrán por no ofrecidas.

La resolución del recurso de revocación podrá ser desechando, confirmando, mandando reponer por uno nuevo que lo sustituya o revocando el acto impugnado y deberá ser emitida en un plazo no superior a los cuarenta y cinco días hábiles posteriores a aquél en que se interpuso el recurso, cuando deba ser resuelto por el Presidente de la Comisión, ni de sesenta días hábiles cuando se trate de recursos competencia de la Junta de Gobierno.

La interposición del recurso de revocación suspenderá la ejecución de la sanción impuesta. Si ésta se confirma total o parcialmente, la resolución del recurso respectivo dispondrá lo conducente para que la sanción sea ejecutada de inmediato, una vez que se notifique la misma; y

VI.- Las demás que le están atribuidas por esta Ley y otros ordenamientos legales respecto a la fianza a que se refiere esta Ley, siempre que no se trate de meros actos de vigilancia o ejecución."

Además del artículo transcrito con antelación, existen diversas atribuciones y obligaciones de la citada comisión contempladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las cuales en forma enunciativa más no limitativa se señalan:

- Emite el dictamen para que las instituciones de fianzas puedan iniciar sus operaciones; lo anterior es así, ya que tiene que evaluar que cuenta

- con los sistemas, necesarios para brindar sus servicios (artículo 8º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Emite opinión para que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorice la adquisición de acciones del capital social pagado de las instituciones de fianzas, cuando excedan del 5%; lo anterior es así dado cualquier persona puede adquirir el control de acciones del capital social pagado de una institución de fianzas (artículo 15 fracción III de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
 - Inspecciona y vigila a las sociedades que tengan el control de una institución de fianzas; (artículo 15 fracción III, inciso e), tercer párrafo, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas); la ley de la materia establece que se obtiene el control de una institución de fianzas cuando se adquiera el treinta por ciento o más de las acciones representativas del capital social pagado de la propia institución, se tenga el control de la asamblea general de accionistas, se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio se controle a la institución de fianzas de que se trate;
 - Determina la remoción, suspensión, destitución e inhabilitación de servidores públicos que puedan obligar con su firma a una institución nacional de fianzas, y puede recomendar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la remoción del director general; ésta atribución se encuentra contemplada en el artículo 15 fracción VIII Bis-2, párrafo tercero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones o que en el desempeño de éstas no se hayan ajustado a las disposiciones legales y administrativas;

- Ejerce, respecto de los síndicos y liquidadores, las funciones de vigilancia que tiene atribuidas, en relación a las instituciones de fianzas; esto es, respecto de la liquidación administrativa regulada en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 15 fracción XIII de la citada ley);
- Mediante disposiciones de carácter general, señala los comités que como mínimo debe establecer el consejo de administración de las instituciones de fianzas, sus funciones, las normas relativas a su integración, periodicidad de sus sesiones, etcétera (artículo 15 Bis, fracción I, apartado 1, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) ;
- Emite opiniones para el establecimiento de filiales, así como para organizarse y funcionar como tales; ello respecto de las de las disposiciones que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículos 15-B y 15-C de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)
- Autoriza la contratación de cualquier operación de reaseguro financiero; pues es ella la facultada para emitir tal autorización, en términos del artículo 16, fracción I Bis, inciso a) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas;
- Propone a la Secretaría de Hacienda y Crédito, la suspensión de las operaciones de fideicomiso que infrinjan las reglas que emita el Banco de México; lo anterior, en virtud es el Banco de México quien emite las reglas de carácter general con las características a que deberán ajustarse tales operaciones (artículo 16, fracción XV, inciso a) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Emite opinión en relación a las reglas de carácter general, sobre el monto máximo de recursos que una institución de fianzas puede recibir

- en fideicomiso; para ello deberá tomar en consideración su capital pagado, su requerimiento mínimo de capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia (artículo 16, fracción XV, inciso g) de la Federal de Instituciones de Fianzas);
- Autoriza la emisión de obligaciones subordinadas; las instituciones de fianzas están subordinadas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para poder emitir dichas obligaciones (artículo 16, fracción XVI, inciso b) de la Federal de Instituciones de Fianzas
 - Ordena la suspensión temporal del pago de intereses y en su caso del principal de dicho títulos; ésta medida se decretará cuando se haga del conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de un incumplimiento de un plan de regularización (artículo 16, fracción XVI, inciso d) de la Federal de Instituciones de Fianzas);
 - Emite opinión en relación a los límites máximos de emisión y retención por fianza y por acumulación de responsabilidades del fiado; lo anterior, a fin de procurar una adecuada distribución de las responsabilidades de las instituciones de fianzas (artículo 17 de la Federal de Instituciones de Fianzas);
 - Puede solicitar a la institución de fianzas que demuestre la acreditada solvencia del fiado u obligado solidario (artículo 24, fracción IV quinto párrafo de la ley de la materia); en virtud, de que las instituciones de fianzas deben tener suficientemente garantizada al recuperación de cualquiera de las responsabilidades que contraigan (artículo 19 de la Federal de Instituciones de Fianzas);
 - Emite disposiciones para adquirir, enajenar o prometer en venta los inmuebles, certificados de participación inmobiliaria y derechos

fiduciarios, que no sean de garantía (artículo 44 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Emite opinión en relación con la constitución de reservas técnicas de fianza en vigor, y contingencia; en virtud de que deben de contar con los recursos suficientes para cubrir el pago de las reclamaciones esperadas que se deriven de las responsabilidades retenidas por fianzas en vigor (artículo 46 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Emite estándares de práctica actuarial para la valuación de las reservas técnicas; en virtud de que en cualquier momento puede hacer una valuación a las reservas técnicas (artículo 48 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Autoriza la ampliación de plazos en relación con la venta de bienes inmuebles que reciban en pago las instituciones afianzadoras y, en su caso, saca administrativamente a remate los bienes (artículo 60, fracción IX de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas); lo anterior, dado que en términos de citada fracción, está prohibido a las instituciones de fianzas, adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar en su activo;
- Determina cuales son los libros o documentos que deben integrar la contabilidad de las instituciones de fianzas; en virtud de que el artículo 63 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, obliga a las afianzadoras a registrar en su contabilidad, todas las operaciones que practiquen;
- Señala las bases a las que se sujetaran para la aprobación de los estados financieros; mediante disposiciones de carácter general, en los

que se establecerá la forma y contenido que deberán contener (artículo 65 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Fija los requisitos para el registro de auditores externos de las instituciones de fianzas; éstos deberán contar con cédula profesional y certificación vigente y deberán registrarse ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículo 65, cuarto párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Elabora programas de visitas e inspecciones de las instituciones de fianzas; ello tomando en consideración que éstas se encuentra sujetas a su inspección y vigilancia (artículo 70 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Declara la intervención con carácter de gerencia de las instituciones de fianzas que presenten irregularidades; cuando a su juicio existan éstas afecten la estabilidad o su solvencia (artículo 73 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Puede emplear medidas de apremio para el desempeño de sus funciones; dichas medidas son: la multa, fractura de cerraduras, y auxilio de las autoridades civiles (artículo 80 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Emite disposiciones de carácter general, a las que se deben sujetar las instituciones de fianzas para emitir su propaganda o publicidad; ésta deberá expresarse en forma clara y precisa, a efecto de que no se induzca al público al engaño, error o confusión del servicio que se presta (artículo 81 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

- Puede ordenar la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, contralor administrativo, etcétera (artículo 82 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas); cuando considere que no cuentan con la suficiente calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio para el desempeño de sus funciones, no reúnan los requisitos al efecto establecidos o incurran de manera grave o reiterada en infracciones;
- Se requiere su autorización para fungir como agente de las instituciones de fianzas; dichas autorizaciones son intransferibles y deben reunir los requisitos que establece el artículo 87 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
- Emite opinión para revocar la autorización para operar como institución de fianzas; siempre y cuando se actualice alguno de los supuestos establecidos en el artículo 105 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como pueden ser: que la sociedad no presenta para la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el testimonio de la escritura constitutiva o para el registro ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas los documentos a que se refieren los artículos 85 y 86 de la ley de la materia; si no mantiene adecuadamente constituidas las reservas técnicas; si se infringe lo establecido en el penúltimo párrafo de la fracción I Bis del artículo 15 de la ley de la materia; si la institución hiciera gestiones por conducto de una cancillería extranjera; si reiteradamente, emite fianzas sin contar con garantías suficientes y comprobables, excede los límites de las responsabilidades que pueda contraer, ejecuta operaciones distintas de las permitidas por la autorización y por la Ley; si a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no cumple adecuadamente con las funciones para las que fue autorizada, etcétera; y

- Interviene administrativamente a las instituciones de fianzas cuando realizan operaciones prohibidas por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; ello hasta que la operación u operaciones ilícitas se liquiden (artículo 112 Bis, fracción II, tercer párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De lo anterior, se puede apreciar la gran cantidad de facultades con que cuenta la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para vigilar el debido funcionamiento de las instituciones de fianzas, por medio de los diversos mecanismos de inspección, control, vigilancia, establecidos en la ley, como los señalados en líneas que anteceden.

I.3.2. COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

Finalmente, corresponde el estudio de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, organismo descentralizado de la administración pública federal, creado por la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

El Maestro Jesús de la Fuente Rodríguez¹⁴, expone que la principal misión de la comisión en estudio, es la de procurar una equidad entre los usuarios de servicios financieros y las instituciones que prestan éstos servicios, para fortalecer la seguridad jurídica entre ambas partes en las operaciones que realicen.

¹⁴ Cfr. De La Fuente Rodríguez, Jesús. Op, cit., p. 247.

Su finalidad es promover, asesorar, proteger y defender a los usuarios de sus prestadores de servicios financieros. Así como arbitrar sus diferencias y procurar la equidad entre ambas partes.

Las principales facultades de dicha comisión se encuentran contempladas en el artículo 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, el cual a la letra establece:

“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. Atender y, en su caso, resolver las reclamaciones que formulen los Usuarios, sobre los asuntos que sean competencia de la Comisión Nacional;

III. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio entre el Usuario y la Institución Financiera en los términos previstos en esta Ley, así como entre una Institución Financiera y varios Usuarios, exclusivamente en los casos en que éstos hayan contratado un mismo producto o servicio, mediante la celebración de un solo contrato, para lo cual dichos Usuarios deberán apegarse a lo establecido en el último párrafo del artículo 63 de esta Ley.

IV. Actuar como árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho de conformidad con esta Ley, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los Usuarios con las Instituciones Financieras, así como emitir dictámenes técnicos de conformidad con esta Ley;

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 entablen 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 usura 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;

Expedir, cuando así proceda, a solicitud de parte interesada y previo el pago de los gastos correspondientes, copia certificada de los documentos que obren en poder de la misma, siempre y cuando se compruebe fehacientemente el interés jurídico.

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 comparado 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 presentan 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 modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por Instituciones Financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios;

XIX. Revisar y, en su caso, proponer a las Instituciones Financieras, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los Usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados;

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. Para todos los efectos legales, la sola presentación de la reclamación por parte del Usuario, faculta a la Comisión Nacional para exigir la información relativa.

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, la forma y las condiciones de las garantías a las que se refiere esta Ley, así como el monto que deberá registrarse como pasivo contingente por parte de las Instituciones Financieras en términos del artículo 68 fracción X;

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."

Del numeral en cita, se desprende la importancia de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, como órgano de control y vigilancia del sistema afianzador mexicano, el cual pretende lograr un equilibrio de las relaciones que surgen entre éste y sus usuarios, por medio de las atribuciones precisadas.

Es necesario señalar que la importancia de ésta comisión, en el juicio especial de fianzas, radica en que a través de ella se ejecutaran las sentencias que condenan a las instituciones de fianzas, asimismo, ante ella se tramitan los procedimientos de embargo dictados en contra de dichas empresas, siguiendo los lineamientos establecidos en los incisos a) y b) de la fracción V del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tema que será abordado con posterioridad.

De lo expuesto en el presente capítulo, se concluye que a lo largo de la existencia de la humanidad, la fianza ha sido utilizada como medio para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a través de un tercero que responde ante el incumplimiento del fiado.

Por otra parte, se destaca el auge y evolución que ha tenido la actividad afianzadora en México, que se vio reflejado en la constante modificación a las legislaciones que regulaban su actividad, así como las múltiples reformas que ha sufrido la vigente Ley Federal de Instituciones de Fianzas, circunstancia que ha motivado la necesidad del Estado de controlar dicha actividad a través de órganos de regulación, vigilancia y solución de controversias (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros) cuyo objetivo fundamental es lograr el sano equilibrio del sistema afianzador mexicano, mediante el empleo y aplicación de mecanismos de control y vigilancia, con base en las facultades conferidas en las diversas normatividades (Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicio Financiero, Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros).

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE FIANZA

II.1. CONCEPTO

Previo a realizar una definición del contrato de fianza mercantil, hay que señalar que no existe en el marco jurídico mexicano la erróneamente denominada *fianza de empresa*, o que ésta es diversa a la fianza mercantil, motivo por el cual, no se comparte el criterio de algunos autores de realizar un concepto sobre la *fianza de empresa*, ello bajo los siguientes argumentos.

Como argumento inicial es necesario definir que es el *derecho mercantil*, para comprender porque la denominación de *fianza mercantil*.

Ahora bien, el Maestro Oscar Vásquez del Mercado, señala que existen dificultades para poder establecer un concepto de derecho mercantil como lo expone el Jurista al señalar: *"El concepto de derecho mercantil tiene que estar sujeto, en cada país a las disposiciones legales respectivas, esto es, al sistema de derecho vigente en cada uno de ellos. De esta manera tendríamos un concepto de derecho mercantil que atendería al comercio o a los comerciantes que lo realizan, que sería un criterio subjetivo o un concepto que atendiera al acto de comercio y estaríamos frente al criterio objetivo. En consecuencia, si el contenido de nuestro derecho es principalmente el acto de comercio, el concepto que de derecho mercantil, el concepto que de derecho mercantil se diera, necesariamente tendría que basarse en él. Pero curiosamente se limita a enunciar estos únicamente, con cierto acierto se dice que no se puede deducir una noción genérica y unitaria de él, tomada de los diversos supuestos que el artículo 75 del Código de Comercio reputa como actos de comercio y que por lo tanto, tendríamos que admitir que por actos de comercio debe entenderse aquellos enumerados en el código mercantil*

*vigente, o sea que el concepto de la ciencia mercantil sólo podría entenderse en función del derecho positivo.*¹⁵

Se considera que, en efecto, el concepto de derecho mercantil sólo puede entenderse en función del derecho positivo y sólo para aquellos actos a los que el legislador calificó de comercio, la razón de ello es evitar incertidumbre jurídica, pues en el caso de realizar un concepto de acto de comercio, podría acontecer que algunas situaciones, que el legislador no quiso considerar como actos de comercio, se coloquen en dicho supuesto normativo, además se pretende evitar la duplicidad de instituciones jurídicas, motivo por el cual, debe de precisarse que sólo serán mercantiles aquellos actos que el legislador calificó de tales, situación que será explicada en subsecuentes párrafos

Asimismo, el Doctrinario Joaquín Rodríguez Rodríguez, menciona que existen otros problemas para definir al derecho mercantil al exponer: *"No pueden ocultarse las enormes dificultades que se presentan al investigador que intenta obtener dicha definición. Sistematizando esos varios inconvenientes, que son los que siguen: 1º) La mutabilidad de la materia mercantil. Nos encontramos ante todo, con la extraordinaria mutabilidad de las materias consideradas en distintas épocas como propias del derecho mercantil, por lo que ha habido quien ha llegado a afirmar que los actos de tráfico en mercantiles y civiles es completamente arbitraria, lo que sí es evidente es que las operaciones reputadas como comerciales se mezclan de continuo y tiene vínculos muy estrechos con las operaciones de la vida civil, por lo que resulta difícil la determinación del límite exacto de su recíproco alcance. Relaciones nacidas y desarrolladas al calor del comercio y del derecho mercantil han pasado después al derecho común. El derecho mercantil no ha sido nunca estrictamente el derecho del comercio y entre el derecho mercantil y el derecho civil se han producido continuamente fenómenos*

¹⁵ Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles. 11ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001, pp. 33 y 34.

*de intercambio de instituciones. 2º) Progresiva ampliación de su materia. Además, la materia mercantil experimenta un fenómeno de ampliación progresiva...3º) La desintegración del derecho mercantil. Simultáneamente se produce un fenómeno hasta cierto punto contrapuesto al anterior. Nos referimos a la llamada desintegración del derecho mercantil. Toda una serie de esferas jurídicas que fueron consideradas como típicas del derecho mercantil se han ido disgregando del núcleo de esta disciplina y hoy vemos como se habla de un derecho cambiario, de un derecho de seguros, de un derecho de quiebra, de un derecho marítimo, que convertidos en derechos autónomos marchan independientemente del derecho mercantil.*¹⁶

En atención a lo expuesto, se insiste que el límite exacto de los actos de comercio, se encuentra establecido en la ley y sólo serán actos de comercio aquellos que ésta repute como tal. Asimismo, se señala que no existe una desintegración del derecho mercantil, sino una especialización de las actividades mercantiles a fin de establecer los mecanismos apropiados para cada una, dada la complejidad de las relaciones que actualmente se generan entre los integrantes de la sociedad.

Expuestos los posibles problemas que se pueden presentar para definir al derecho mercantil, se procede a citar algunos conceptos de diversos doctrinarios.

El derecho mercantil para el Maestro Roberto L. Mantilla Molina, *“es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, que regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.*¹⁷

¹⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 25ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001, p. 4.

¹⁷ Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil. 29ª ed. Editorial Porrúa. México, 2002, p. 23.

El Jurista Rafael De Pina Vara señala que el derecho mercantil: *“En forma general puede afirmarse que nuestro Código de Comercio delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como actos de comercio. La mercantilidad de una relación o acto encuentra su fundamento en una noción objetiva.”*¹⁸

El Doctrinario Raúl Cervantes Ahumada define al derecho mercantil *“como el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general.”*¹⁹

El Jurista Alfredo Rocco señala que el derecho mercantil como un *“conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a ésta, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial...”*²⁰

Por su parte, el Maestro Joaquín Garrigues señala que *“en la concepción legislativa francesa del Derecho mercantil, seguida por el legislador español, este Derecho se concibe como el derecho de los actos de comercio. Ahora bien, el acto de comercio tiene una doble significación por cuanto sirve para delimitar la materia mercantil y por cuanto es además fuente de obligaciones que son mercantiles por serlo antes el acto de que dimanen.”*²¹

Con los citados conceptos y motivos expuestos, se puede definir al derecho mercantil como:

¹⁸ De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 28ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 4.

¹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 21.

²⁰ Rocco, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Parte General. 2ª ed., Ed. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. Guanajuato, México, 1999, p. 29.

²¹ Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 9ª ed. Ed. Porrúa. México, 1998, p. 3.

Es el conjunto de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, sin que importe el carácter de comerciante de uno o, en su caso, ambos contratantes, ni a que esté destinada la relación jurídica u objeto del contrato, sino el acto jurídico en sí mismo.

El que no importe el carácter de comerciante de uno o ambos contratantes, será explicado al determinar la mercantilidad de la fianza.

Ahora bien, sobre los conceptos de *fianza de empresa* y *fianza mercantil* algunos autores exponen lo siguiente:

El Licenciado Manuel Molina Bello, define a la fianza de empresa como:

*"Es un contrato en virtud del cual una institución de fianzas, autorizada legalmente por la SHCP, se compromete a título oneroso y mediante la emisión de una póliza a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico, contraídas por una persona física o moral ante otra persona física o moral privada o pública, en caso de aquella no cumpliere"*²²

Por otra parte, no obstante que el Maestro Arturo Díaz Bravo realiza una crítica a tal expresión, la define como:

*"...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 con el tomador o contratante."*²³

Asimismo, el licenciado Oscar Vásquez del Mercado señala:

²² Molina Bello, Manuel. Op cit., p. 24.

²³ Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. 7ª ed. Editorial Oxford. México, 2002, p. 247.

“Las instituciones de fianzas tiene por objeto otorgar fianzas a título oneroso. Estas instituciones celebran el contrato de fianza, identificado como la fianza de empresa.”²⁴

El Maestro Ramón Sánchez Medal, realiza la siguiente distinción:

“Fianza civil y fianza mercantil. Esta última existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil (p. ej.: la fianza para garantizar la actuación de un consejero en una sociedad anónima) o bien cuando es una fianza de empresa, es decir, la que otorga una institución de fianzas dedicada a ese tipo de negocios y con autorización o permiso y bajo el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”²⁵

De las transcripciones realizadas con anterioridad, se advierte que estos autores realizan una distinción entre fianza mercantil y *fianza de empresa*, al señalar que ésta se caracteriza por ser otorgada por una institución de fianzas, señalamiento que resulta erróneo por varios motivos.

Primero.- Gramaticalmente la denominación *empresa*, no resulta acorde con la ley de la materia, pues ésta se refiere a *instituciones* y no así a *empresas*, lo anterior en virtud de que el objeto social de las instituciones afianzadoras es restringido, esto es, sólo pueden realizar las actividades que la ley señala y con una rigurosa supervisión por parte del Estado, en cambio, las *empresas* tienen mayor libertad para establecer su objeto social y no se encuentran sometidas a una supervisión especial por parte del Gobierno Federal; en ese orden de ideas se concluye, que las fianzas otorgadas en términos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, son otorgadas por éstas (*instituciones*) y no por *empresas* o, en todo caso, debieron denominarla *fianza de institución*.

²⁴ Vázquez del Mercado, Oscar. Op. cit., p. 363.

²⁵ Sánchez Medal, Ramón. De los contratos Civiles. 17ª ed. Editorial Porrúa. México, 1999, p. 460.

Segundo.- El concepto de fianza mercantil es único, independientemente de si es otorgada o no por una *institución afianzadora*, pues como señala el Jurista Raúl Cervantes Ahumada: *“la mercantilidad de un acto deriva, sólo de la calificación que de él haga la ley”*²⁶; por lo tanto, si el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone:

“Artículo 2º.- Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.”

Resulta evidente que las fianzas otorgadas por instituciones dedicadas a ello son mercantiles y punto, en virtud de la calificación que de dicho acto hace la ley; motivo por el cual, tampoco se comparte el criterio del Doctor Arturo Díaz Bravo, de señalar que la *mercantilidad de los actos* se deduce de los elementos que en él incurren, sin que importe su falta de regulación en leyes mercantiles, ya que expone:

“... hay ciertos contratos tradicionalmente regulados sólo por la legislación civil, y quizá por esta razón siempre son considerados como civiles, no obstante que por alguno o varios de los elementos que concurren, son verdaderamente mercantiles, sin que importe su falta de regulación en leyes de esta última naturaleza, pues al tenor de lo dispuesto por el artículo 2o., Código de Comercio, deberá aplicárseles la ley civil, con carácter supletorio y en lo conducente; así el arrendamiento de un inmueble, cuando el arrendador y el arrendatario sean empresarios mercantiles y el local se destine al funcionamiento de una negociación comercial. En este caso no hay duda sobre el propósito de especulación comercial que anima a los contratantes; luego, por aplicación analógica del artículo 75, fracción I, del Código de Comercio, el contrato figura un acto de tal naturaleza; de la misma forma, la hipoteca constituida en garantía de

²⁶ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. cit., p. 504.

pago de un crédito bancario (artículo 75-XIV) que, según lo expuesto, ya pesar de ser actos de comercio, se regulan por las disposiciones del Código Civil., si bien les son aplicables, por encima de aquéllas, las relativas a la generalidad de los contratos mercantiles, consignadas en los artículos 77 y ss. del Código de Comercio. El citado criterio erróneo conduce a la no menos equivocada pero invariable práctica de promover, en casos litigiosos, juicios civiles (ordinarios, hipotecarios), no obstante que, por la naturaleza de tales actos, la acción procesal es de carácter mercantil y, por ende, mercantiles también deben ser los juicios que se incoen.²⁷

En síntesis, el citado autor señala en líneas que anteceden, que no importa la falta de regulación del arrendamiento mercantil, ya que si ambas partes contratantes son comerciantes y el fin u objeto al que se pretende destinar el inmueble arrendado es funcionar como negociación mercantil, es evidente que se trata de acto mercantil, y por vía de consecuencia, señala que la acción procesal para dirimir las controversias que se susciten con motivo de tal contrato, es la mercantil.

Es importante señalar que, contrariamente a lo considerado por el Doctor Arturo Díaz Bravo, nuestro máximo Tribunal ha establecido jurisprudencia al respecto y señala que lo que se debe tomar en consideración para determinar si el contrato de arrendamiento de inmuebles es un acto de comercio, no es el carácter de comerciante de uno o ambos contratantes, ni el destino que se le dé al inmueble arrendado, sino el contrato de arrendamiento en sí mismo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 75 del Código de Comercio; consecuentemente, la vía mercantil, resulta improcedente para dirimir las controversias que se pudieran suscitar bajo ésta hipótesis, lo anterior por los siguientes motivos:

²⁷ Díaz Bravo, Arturo. Op. cit., pp. 4 y 5.

Primero debe de establecerse en qué casos una controversia debe dirimirse en la vía mercantil, esto es, a través de un juicio mercantil y, posteriormente, determinar si un conflicto suscitado con motivo de un arrendamiento de inmuebles puede ser ventilado y dirimido en un juicio mercantil.

De conformidad con el artículo 1049 del Código de Comercio, son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que se deriven de actos comerciales.

El numeral citado establece:

"Artículo 1049. Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4o., 75 y 76 se deriven de actos comerciales."

Consecuentemente, para establecer si una controversia derivada de un contrato de arrendamiento de inmuebles puede ser ventilada y decidida en un juicio mercantil, es necesario previamente determinar si, conforme a los artículos 4o., 75 y 76 del Código de Comercio, el arrendamiento de inmuebles es un acto de comercio.

Dichos preceptos disponen:

"Artículo 4o. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ello a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general, todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas."

"Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial...

XXIV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial."

"Artículo 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueran consecuencia natural de la práctica de su oficio."

Del análisis de éstos numerales se advierte que, para efectos de dilucidar si el arrendamiento de inmuebles puede ser un acto de comercio, se debe atender a lo dispuesto en el artículo 75 y no a los artículos 4o. y 76, todos del Código de Comercio.

No es atendible el artículo 4o. porque para que, aún accidentalmente, una persona quede sujeta a las leyes mercantiles es necesario que realice una operación de comercio y, en consecuencia, para saber si realizó una operación de comercio, habrá que atender al artículo 75 que es el que señala los actos que la ley reputa de comercio. Asimismo, no es atendible el artículo 76, pues éste se refiere a supuestos diferentes y muy específicos.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código de Comercio, el arrendamiento de inmuebles no es un acto de comercio, ya que no encuadra en ninguno de los supuestos en él contemplados.

En efecto, el referido precepto, cuando se refiere a alquileres, no incluye a los inmuebles, sino sólo a los muebles (fracción I); en cambio, cuando se refiere a los inmuebles, no incluye el arrendamiento, sino sólo las compras y ventas (fracción II).

Sin que pase inadvertido lo preceptuado en la fracción XXIV del propio artículo 75 del Código de Comercio, según la cual también se reputan actos de comercio otros actos de naturaleza análoga a los expresados en el mismo; sin embargo, tampoco en tal fracción encuadra el arrendamiento de inmuebles como se demuestra a continuación.

Es cierto que, dado lo preceptuado en la fracción XXIV del artículo 75, la enumeración en él contenida no es limitativa sino enunciativa, sin embargo, ello no significa que, por simple analogía, se puedan reputar actos de comercio aquellos que el legislador expresamente no quiso incluir; sino que debe ser interpretada en el sentido de que se reputarán actos de comercio aquellos que, sin haber sido siquiera contemplados por el legislador, siendo diferentes, guarden cierta similitud con los contemplados de manera expresa.

Esto es, si la intención del legislador hubiera sido reputar como acto de comercio, en determinados casos, el arrendamiento de inmuebles, así lo hubiera establecido en la fracción II del artículo 75, por ser la que se refiere a los inmuebles, tal como lo hizo al regular lo relativo a los muebles, respecto de los cuales, en la propia fracción en que reputa acto de comercio las enajenaciones, incluye los alquileres.

No obsta a lo anterior, el hecho de que en 1889, año en que se expidió el Código de Comercio, aún no se haya manifestado el arrendamiento de inmuebles con la importancia económica y financiera que ahora tiene, pues esa manifestación no es reciente, sino que data, por lo menos, del segundo tercio del

presente siglo y de entonces a la fecha el Código de Comercio ha sido reformado en muchas ocasiones, incluso específicamente el artículo 75, sin que el auge del arrendamiento de inmuebles haya llevado al legislador a reputarlo, si así fuera en determinados casos, como un acto de comercio.

Por tanto, dado que el arrendamiento de inmuebles no es un acto de comercio, el hecho de que uno o ambos contratantes sean comerciantes no lo convierte en acto de comercio, como tampoco el hecho de que se le destine a una actividad mercantil.

En las relatadas circunstancias, si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1049 del Código de Comercio, son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir una controversia derivada de un acto de comercio, dado que el arrendamiento de inmuebles no es un acto de comercio, es inconcuso que para dirimir una controversia derivada de un arrendamiento de inmuebles no es procedente la vía mercantil.

Dicho criterio encuentra su sustento en la jurisprudencia 1a./J. 63/98, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: VIII, Diciembre de 1998, página 310, del rubro y texto:

“VÍA MERCANTIL, IMPROCEDENCIA DE LA, TRATÁNDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES. Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1049 del Código de Comercio, son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir una controversia derivada de un acto de comercio y si, de conformidad con el artículo 75 de dicho código, el arrendamiento de inmuebles no

*es un acto de comercio, es inconcuso que la vía mercantil es improcedente para ventilar y decidir una controversia derivada de un arrendamiento de inmuebles.*²⁸

Una vez hecha la anterior precisión sobre la mercantilidad de los actos, se concluye que sólo existe la fianza mercantil, independientemente de quien la otorgue, como lo exponen los siguientes doctrinarios;

El Maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, al realizar una clasificación del contrato de fianza expone:

*“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 probado que derivan de una causa extraña al comercio...”*²⁹

Asimismo, el tratadista Ricardo Treviño García, al clasificar a la fianza, manifiesta:

*“Tienen el carácter de mercantil las fianzas otorgadas por compañías (Sociedades Anónimas) autorizadas previamente por el gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, promulgada el 29 de diciembre de 1950, aún en vigor. El carácter de mercantil se desprende del artículo 2º de la ley antes mencionada.”*³⁰

²⁸ Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS 2003. junio 1917 – diciembre 2003. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004. Registro 190911.

²⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 8ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 360 y 361.

³⁰ Treviño García, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. Editorial Mc Graw Hill. México, 1996, p. 674.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, no obstante que refiere a empresas, distingue la fianza civil de la mercantil, en los siguientes términos:

“...hay dos ordenamientos jurídicos para el contrato de fianza: el civil y el mercantil. El mercantil constituido por las disposiciones antes citadas, se aplicará a la fianza mercantil, que recibirá esta especial calificación cuando se trate de fianza onerosa practicada por empresa.

...

Así, pues, la fianza será mercantil cuando sea una empresa dedicada a ello (institución de fianzas), lo que implica el concepto de onerosidad...”³¹

Con los elementos aportado por estos autores, se puede concluir con la siguiente definición de fianza mercantil:

Es el contrato por virtud del cual una institución autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete mediante el pago de una prima, a garantizar las obligaciones contenidas en el texto de la póliza que para tal efecto expida, o aquella que es otorgada por las personas facultadas por la normatividad para tal efecto, siempre y cuando sea en forma accidental, esto es, sin que se haya otorgado por medio de póliza, o se utilicen agentes, o su ofrecimiento se haga en forma pública.

Del concepto realizado, se aprecia que sólo una institución afianzadora autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se puede obligar como fiadora mediante póliza, y que a las personas facultadas por la normatividad para obligarse como tal, les está prohibido obligarse mediante dicho documento, esto

³¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit., p. 779.

es, personas no afianzadoras que se obligan como fiadoras, en forma accidental y sin utilizar agentes o publicidad.

II.2. OBJETO

El objeto de garantizar obligaciones mediante pólizas de fianzas, es que éstas se cumplan, sea cual fuere el origen de las obligaciones que se pretenden garantizar. El objeto en la fianza será la conducta del fiador manifestada como una prestación de dar o de hacer.

Se dice que el objeto puede ser una prestación de hacer, en virtud de que el primer párrafo del artículo 121 de la ley de la materia, establece la posibilidad de que cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer, las instituciones de fianzas pueden sustituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso. Debe decirse que es muy poco usual, ya que la afianzadora, generalmente, se compromete a satisfacer la obligación del deudor, mediante el pago de una suma de dinero.

Por otra parte, el objeto del contrato se divide en *directo* e *indirecto*. El *objeto directo del contrato* viene a ser la obligación subsidiaria que contrae la institución afianzadora, consistente en pagar al beneficiario, si se actualizan los requisitos señalados en el texto de la póliza. Por su parte, el *objeto indirecto* consiste en la obligación de dar que asume la afianzadora, relativa al pago de lo obligado en la póliza.

II.3. CARACTERÍSTICAS

La fianza mercantil es un contrato consensual por una parte y formal por otra; accesorio; oneroso; de garantía personal; aleatorio; de adhesión; nominado y autónomo.

II.3.1. Consensual

Se dice que es consensual por una parte, por que para su validez no se necesita, formalidad especial alguna, ya que se perfecciona con la simple voluntad de las partes contratantes suficientemente declarada para que éstas se obliguen. Por otra parte, requiere de una manifestación expresa de dicha voluntad, esto es, que el fiador debe obligarse expresamente a responder por el deudor principal; si en algunos casos se requiere la forma escrita, es con el objeto de proporcionar a las partes prueba de los negocios que celebran.

II.3.2. Formal

Por otra parte, es formal, ya que no basta el simple acuerdo de voluntades sino que es necesario que se exprese en la forma determinada en la ley para que pueda producir sus consecuencias, por lo que, tratándose de fianzas otorgadas por instituciones afianzadoras, sólo podrán asumir su obligación como tales, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas, en la cual se garantice la obligación principal que le dio origen y mediante la suscripción del contrato de fianza.

II.3.3. Accesorio

Es accesorio porque que no tiene existencia por sí mismo, sino que depende de la existencia de un contrato previo, motivo por el cual la fianzas sólo existe si hay una obligación que garantizar o parte de la obligación. La obligación accesoria presupone la validez de la obligación principal.

Debido a su carácter accesorio se presentan las siguientes consecuencias:

- La fianza corre la misma suerte de la obligación principal, de modo que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del fiado.

- El fiador puede oponer frente al acreedor todas las excepciones que tendría el deudor, que sean de carácter objetivo y que nazcan de la obligación garantizada, sin perjuicio de las que deriven del propio contrato de fianza. Por excepciones objetivas entenderemos aquellas que no se refieren a la capacidad personal del deudor.
- El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor.
- La nulidad absoluta de la obligación principal, motivará la nulidad absoluta de la fianza.
- La anulabilidad de la obligación no impide que pueda garantizarse con fianza. Sin embargo, si se pide la nulidad, traerá como consecuencia la nulidad del contrato de fianza.
- La transmisión del crédito principal trae consigo la transmisión de la fianza.
- En caso de subrogación legal o convencional, se transferirán al acreedor subrogado los derechos sobre la fianza.
- Extinguida por novación la obligación principal, también se extingue la fianza, a menos de que el acreedor de acuerdo con el fiador, se reserve expresamente dicha garantía; y
- Extinguida la relación jurídica principal, motiva la extinción de la deuda.

Es necesario señalar que, de conformidad con el artículo 118 de la ley de la materia, las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión.

II.3.4. Oneroso

El contrato en términos generales es oneroso cuando existe una utilidad para ambos contratantes, ya que cada uno se obliga en beneficio del otro. El contrato de fianza mercantil, es oneroso, ya que la afianzadora, cobra una prima por el servicio que otorga como garante de terceras personas, pues a ello se dedica en forma profesional con el ánimo de lucro.

II.3.5. De garantía

Es de garantía porque asegura el pago de una obligación, y es personal ya que descansa en la confianza que la persona o institución representan por sí mismas, ya que fungen como garantes.

La solvencia patrimonial de las instituciones de fianzas, encuentra su sustento en el artículo 12 de la ley de en cita, el cual dispone que éstas se consideran de acreditada solvencia.

La garantía ofrecida por el fiador es siempre pagar una cantidad, hecha excepción la facultad de las instituciones, prevista en el artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tratándose de obligaciones de hacer, situación que se explicó en párrafos que anteceden.

II.3.6. Aleatorio

Es aleatorio en virtud de que se desconoce el momento en que puede hacerse exigible la obligación garantizada con fianza, pues en este tipo de contrato las partes tienen en cuenta un riesgo de provecho o de pérdida, del cual hacen depender la existencia o cuantía de sus obligaciones.

II.3.7. De adhesión. Los contratos de adhesión son una excepción a aquellos que siguiendo el principio general según el cual la concurrencia de voluntades tendente a producir consecuencias jurídicas, debe discutir los términos, cláusulas y consecuencias del acuerdo que van a celebrar. Los contratos de adhesión una de las partes, celebra el acto con modelos y condiciones generales preestablecidas por su contratante.³² La fianza mercantil es de adhesión por que las afianzadoras utilizan contratos de machote, aprobados por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en los cuales el solicitante-fiado no tiene opción de deliberar las cláusulas del contrato que signará para constituirse en fiado.

II.3.8. Nominado

Es nominado, por que se encuentra regulado por las leyes mercantiles, en particular por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

II.3.9. Autónomo

Se dice que es autónomo, ya que la obligación que nace del contrato de fianza es personal de fiador, distinta de la deudor principal, sin que ello implique que ambas obligaciones tengan objetos diferentes, sino que no es una obligación única, sino dos obligaciones (una la deudor principal y otra la del fiador).

II.4. DIFERENCIAS ENTRE FIANZA CIVIL Y FIANZA MERCANTIL

El Licenciado Manuel Molina Bello³³ señala que en ambas formas de fianza se ha adoptado como criterio distintivo el artículo 2811 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece textualmente:

³² Cfr. Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. 5ª ed., Ed. Legis, Bogotá Colombia, 2002, p.115.

³³ Cfr. Molina Bello, Manuel. Op. cit., p. 25.

“Artículo 2811.- Quedan sujetas a las disposiciones de este Título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquiera otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan.”

Como consecuencia el citado numeral, será mercantil aquella fianza que se otorgue en forma sistemática por medio de póliza, con publicidad, por conducto de agentes, mediante el cobro de una prima, y las que no se otorguen así serán civiles.

La fianza civil no constituye un acto de comercio, toda vez que el otorgamiento de la fianza es a título gratuito. Por otro lado, la fianza mercantil, si constituye un acto de comercio, en virtud de que existe una actividad lucrativa, mediante el cobro de una prima por el servicio que presta la institución fiadora.

Desde el punto de vista normativo, la fianza civil y la mercantil tiene una diferencia en cuanto al ordenamiento jurídico que las rige, la civil es regulada sustantivamente por el Código Civil, en tanto que la fianza mercantil es regulada por el Código de Comercio y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. En materia adjetiva, para la primera rige el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y para la segunda el mismo Código de en aplicación supletoria en todo lo no previsto por el Código de Comercio.

Otra diferencia entre la fianza civil y la mercantil, es la relativa a los beneficios de orden y excusión. Por otro lado, en el caso del fiador civil, de conformidad con el código de la materia, gozará de los citados beneficios; en el caso de la fianza mercantil, se sujetará al artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual establece que las instituciones de fianzas no gozarán de los beneficios de orden y excusión.

Por lo que respecta a la formalidad, en el caso de la fianza civil no se presenta pues es consensual y se perfecciona con la voluntad de las partes, en cambio en la fianza mercantil, el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las fiadoras sólo podrán asumir su obligación como tales mediante el otorgamiento de pólizas numeradas, además de que el fiado y la institución garante deberán perfeccionar y formalizar sus obligaciones mediante la firma de un contrato-solicitud de fianzas.

II.5. CLASIFICACIÓN

La fianza mercantil se puede clasificar en dos rubros:

II.5.1. Las fianzas otorgadas en forma accidental por personas (físicas o jurídico-colectivas), distintas a las instituciones de fianzas, siempre y cuando no se ofrezcan al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes; así como las otorgadas, con ciertas limitaciones por personas autorizadas por determinada normatividad, y con ciertas limitaciones; por ejemplo, de conformidad con la fracción IX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, a éstas les estará prohibido otorgar fianzas, salvo cuando no puedan ser atendidas por las instituciones de fianzas, en virtud de su cuantía y previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

II.5.2. Las fianzas otorgadas por sociedades anónimas (instituciones de fianzas), que cuentan con el permiso de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que en forma profesional se dedican a otorgar éstas, esto es, a título oneroso, en forma habitual, a través de pólizas, agentes, etcétera.

Ahora bien, sin querer establecer que existe una subclasificación de las fianzas mercantiles, es necesario señalar que, en relación con éstas últimas, el artículo 5º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, realiza una clasificación

de los ramos y subramos en los que se pueden otorgar; el artículo en cita establece:

“Artículo 5º.- 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.

Las autorizaciones previstas en el párrafo anterior son por su propia naturaleza intransmisibles y se referirán a uno o más de los siguientes ramos y subramos de fianzas:

I.- Fianzas de fidelidad, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- Individuales; y*
- b).- Colectivas;*

II.- Fianzas judiciales, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- Judiciales penales;*
- b).- Judiciales no penales; y*
- c).- Judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores;*

III.- Fianzas administrativas, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

- a).- De obra;*
- b).- De proveeduría;*
- 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 con pólizas de fianza.*

Cuando algún subramo de fianza a que se refiere este artículo adquiera una importancia tal que amerite considerarlo como ramo independiente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá declararlo como ramo especial."

Acto seguido, se realiza una breve síntesis de que los conceptos que puede amparar la fianza en cada ramo.

II.5.2.1. En la fianza de fidelidad la institución afianzadora garantiza ante un patrón, la reparación o el pago de los daños sufridos en sus bienes, por hechos que provengan de conductas delictuosas de uno o varios de sus empleados.

Si el dueño de una empresa quiere obtener una fianza de compañía que lo proteja de las posibles pérdidas a que puede verse expuesto como consecuencia de los delitos patrimoniales cometidos por sus empleados, debe, ante todo, hacer una oferta ante dicha institución, invitándola a contratar la garantía en determinadas condiciones.

Si la fiadora acepta la oferta, el contrato de fianza se perfecciona, y como consecuencia nace un conjunto de derechos y obligaciones para la compañía y para el acreedor.

La empresa tendrá el derecho de cobrar la prima, si se pactó que el pago de la misma debiera hacerse por adelantado; por otra parte, contra la obligación de pagar al acreedor dentro de los límites y condiciones de la garantía, el importe de las responsabilidades de cualquiera de los afianzados.

Otro deber que tiene la afianzadora, es el de expedir una constancia en forma de póliza.

El acreedor tiene, por su parte, la obligación de pagar la prima en la forma convenida; pero frente a la compañía, tiene el derecho de exigir coactivamente el pago de las responsabilidades en que incurra su personal afianzado, siempre que las mismas queden cubiertas por la fianza.

En el mecanismo de la fianza de fidelidad concebida como un contrato, no tiene la menor importancia jurídica el consentimiento de afianzado, ya que se perfecciona por la concordancia de las voluntades de la afianzadora y del acreedor.

Con alguna frecuencia las compañías de fianzas exigen al empleado o trabajador, en el contrato-solicitud, que contraiga la obligación de pagarles cantidad que aquéllas a su vez, tuvieran que pagar al acreedor por responsabilidades derivadas de la garantía.

En el sector afianzador se ha desarrollado una serie de coberturas básicas, dentro de la fianza de fidelidad, con el fin de hacerla más accesible y obtener de ella resultados reales sobre cualquier tipo de empresa, sin importar su tamaño ni el giro al que se dedique. Las coberturas básicas son:

- a) Individual: garantiza al patrón el pago o el resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de un solo empleado, ya sea administrativo o de ventas;
- b) Cédula: se garantiza el pago o resarcimiento del daño propiciado por malos manejos de más de dos empleados administrativos o de ventas;
- c) Global: se garantiza el pago o resarcimiento del daño propiciado por malos manejos de uno o varios empleados administrativos de

una empresa pues ampara los manejos del empleado de mayor jerarquía hasta el de menor jerarquía;

- d) Combinada: garantiza el pago o resarcimiento del daño propiciado por malos manejos de uno o varios empleados administrativos o de ventas, que obedecen necesidades específicas de afianzamiento; y
- e) Monto único para vendedores: garantiza el pago o resarcimiento del daño propiciado por los malos manejos de uno o varios vendedores o comisionistas de una empresa.

II.5.2.2. La fianza judicial, es aquella que se expide ante tribunales civiles, mercantiles, penales, laborales o del juicio de amparo; para garantizar la libertad bajo caución del un reo, el resarcimiento de daños y perjuicios en ejecución de sentencias, así como los procesos de naturaleza laboral.

La fianza judicial en materia civil, es aquella que se exige con el fin de que queden garantizados los posibles daños y perjuicios que se pueden ocasionar a la contraparte en un juicio de esa naturaleza, como puede ser:

1. El arraigo de persona; en este caso, el actor debe exhibir una fianza cuando promueve el arraigo antes del juicio como acto prejudicial) y es obligatorio para él probar la necesidad de pedir el arraigo.
2. El embargo precautorio; para que proceda el embargo precautorio como acto prejudicial, el promovente debe demostrar que es acreedor de la persona que va a demandar y que su acción no se funde en título ejecutivo, en cuyo caso el juez deberá exigir fianza, para responder de los posibles daños y perjuicios que se originen, ya sea porque se revoque el embargo o sea absuelto el demandado.

3. La acción negatoria; en este tipo de acción, se exige fianza al demandado, cuando la sentencia es condenatoria, para garantizar el respeto de la libertad de gravámenes del inmueble.
4. La acción confesoria, la cual es ejercitada contra el tenedor o poseedor jurídico que contraría un gravamen; en este supuesto, es exigida la fianza al demandado, cuando hay sentencia condenatoria, para garantizar el respeto del derecho, pues en caso de incumplir el actor puede solicitar que se haga efectiva la fianza.
5. El interdicto, procedimiento en el cual se protege la posesión y se obtiene medidas necesarias para evitar que una obra nueva o peligrosa cause daños, que puede ser:
 - De retener la posesión; su objeto es poner fin a la perturbación e indemnizar al poseedor de modo que el demandado perturbador debe exhibir una fianza ante la autoridad judicial a fin de garantizar que no volverá a perturbar, pues de no acatar dicha orden se hará efectiva la garantía;
 - De recuperar la posesión, el objeto es reponer al despojado de la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado una fianza, que garantice que no va a volver a despojar al actor;
 - De obra nueva, el cual consiste en un proceso para obtener medidas de seguridad, rápidas y expeditas, para evitar que una construcción nueva cause perjuicio, en este caso, es otorgada la fianza para garantizar los daños y perjuicios que se causen al demandado, con la suspensión de la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones;

- De obra peligrosa; esta fianza es solicitada al actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, para que éste, sin esperara la sentencia realice obras indispensables para evitar daños al actor; y
- De gestor judicial, debe otorgar fianza para desempeñar sus funciones como tal.

La fianza judicial en materia mercantil, es utilizada en determinadas figuras jurídicas, como es el caso de las providencias precautorias (arraigo de personas y embargo precautorio), para obtener el levantamiento de un embargo; para suspender la ejecución de una sentencia, y en este caso la parte actora a su vez podrá otorgar contragarantía a efecto de que se ejecute la resolución.

En materia familiar, la fianza es utilizada en caso de tutela, de albaceas, del interventor y de los alimentos.

La fianza en materia de arrendamiento inmobiliario, se presenta en los casos en que el juez exige, por mandamiento de la ley a alguna de las partes en el procedimiento, la exhibición de una fianza, cuando alguna de las partes ofrezca como prueba la testimonial que deba desahogarse fuera del Distrito Federal.

La fianza judicial en materia penal, es utilizada para garantizar el pago a plazos de la reparación del daño, para garantizar la libertad bajo fianza, cuyo objeto es garantizar la sustracción de reo a la acción de la justicia, así como garantizar el pago del daño, también se utiliza en la condena condicional, y finalmente sirve para garantizar la libertad preparatoria de las personas, beneficio que es concedido a los reos que han cumplido en presidio tres quintas partes de su condena tratándose de delitos intencionales, o bien la mitad de la condena tratándose de delitos imprudenciales.

La fianza judicial en materia de amparo, es otorgada por el quejoso para garantizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarle al tercero perjudicado, con motivo de la suspensión provisional o definitiva concedida en el juicio de amparo.

II.5.2.3. La fianza administrativa, es aquella que garantiza cualquier obligación celebrada entre una persona particular (física o jurídica-colectiva), y un ente público, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno, o con alguno de los poderes de la federación.

Los conceptos afianzables más comunes en este ramo³⁴ son:

- **Contratistas de obra:** es exigida cuando se participa en un concurso de obra pública, y que puede ser para concursar, la cual exigida para garantizar la seriedad de la propuesta; de anticipo, que es emitida a fin de garantizar que la suma entregada como tal, se devolverá total o parcialmente si no se aplicó en la forma especificada en el contrato; de cumplimiento, en cuyo caso se garantiza la correcta ejecución como la oportuna entrega de la obra; y buena calidad, que garantiza que la calidad del trabajo se haya realizado con las especificaciones estipuladas en el contrato.
- **Proveedores:** fianza que es exigida a éstos en relación con un suministro o pedido o el ofrecimiento de un servicio al gobierno, y puede ser, al igual que en el caso de los contratistas, de concurso, anticipo, cumplimiento y buena calidad.
- **Arrendamiento puro:** es exigida la fianza en este caso para garantizar las obligaciones inherentes al contrato respectivo, ya sea de bienes muebles o inmuebles.

³⁴ Ibidem., pp. 91-97.

- Fianzas de interés fiscal: son aquellas que se expiden para garantizar obligaciones las obligaciones fiscales de los particulares, cuyos apartados más representativos son: para garantizar inconformidades fiscales; para garantizar el cumplimiento de pago en parcialidades; de clausura; de importación temporal de vehículos, y para garantizar la devolución del impuesto al valor agregado.

II.5.2.4. La fianza de crédito, garantiza el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de determinada cantidad de dinero.

En este tipo de fianza únicamente se pueden garantizar los siguientes conceptos:

- Operaciones de compraventa de bienes y servicios o distribución de mercantil; en este caso, la fianza es exigida al comprador a crédito, para garantizar el pago de la operación de compraventa de algún bien o servicio, y en el caso de la distribución mercantil, se exhibe para garantizar el pago de las mercancías suministradas por el distribuyente o fabricante a otra persona.
- Créditos documentados en el Registro Nacional de Valores; en este supuesto, la casa de bolsa tiene posibilidad de solicitar a sus clientes una fianza que garantice el pago total o parcial del principal y accesorios financieros, de créditos documentados.
- Contratos de arrendamiento financiero; en este tipo de contratos, la arrendadora financiera, tiene la posibilidad de solicitar a uno de sus clientes una fianza que garantice el pago de la renta.
- Créditos garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda, expedidos por almacenes generales de depósito; en este caso, cuando un cliente de la banca comercial o de desarrollo tramita un crédito con garantía

prendería representada con un título de depósito (certificado de depósito y bono de prenda) expedido por un almacén general de depósito, la banca comercial o de desarrollo está en posibilidad de solicitar una fianza que garantice el pago del crédito.

- Contratos de factoraje financiero; en este contrato la fianza es solicitada por la empresa factor al usuario del servicio para que garantice el pago total de las cuentas por cobrar.
- Y créditos para la exportación e importación de bienes y servicios; fianza que es exigida por una institución financiera por el otorgamiento del crédito a la exportación e importación de bienes y servicios.

II.5.2.5. La fianza de fideicomisos de garantía, es aquella que garantiza el cumplimiento de obligaciones contraídas entre un deudor fideicomitente y un fiduciario, por la cual el citado en primer término transmite a la institución fiduciaria la titularidad del objeto del fideicomiso para garantizar los compromisos asumidos a favor de una tercera persona, que es el acreedor fideicomisario.

II.6. ELEMENTOS

A efecto de delimitar el campo de estudio de la fianza mercantil, y dado que la presente tesis versa sobre el juicio especial de fianzas, previsto y regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se realizará un análisis de los elementos que conforman la fianza mercantil otorgada por dichas instituciones.

II.6.1. Elementos personales

En primer lugar se tiene a la institución afianzadora, la cual sólo puede ser una sociedad anónima de capital fijo o variable, que cuente con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículos 5º y 15 de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas), su principal función es expedir fianzas, mediante el pago de una prima. Son instituciones que se encuentra estrictamente reguladas en su constitución, funcionamiento y vigilancia, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a fin de procurar un sano desarrollo en las finanzas del sistema afianzador mexicano.

Las principales obligaciones de la institución afianzadora son: expedir la *póliza de fianza*, mediante formatos aprobados por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; y el pago de la suma caucionada, el cual debe realizarse en el momento de hacerse exigible la obligación garantizada, la cual es autónoma, pero que mantiene ciertos puntos de contacto con la obligación principal.

Los principales derechos de la institución afianzadora, son:

- a) El cobro de la prima, la cual, en caso de no ser pagada, con certificación del contador de la institución afianzadora, es título ejecutivo; y
- b) Derecho de regreso, todo lo que pague la fiadora por el fiado, debe serle restituido.

El solicitante, que puede ser cualquier persona física o jurídica-colectiva, o el propio fiado, quien contrata con la institución de fianzas.

El fiado, es la persona física o jurídico-colectiva respecto de cuya obligación se otorga la fianza y quien, a su vez, puede solicitar ésta.

El beneficiario es cualquier persona física o jurídico-colectiva, acreedora de la obligación garantizada mediante fianza, es a quien se garantiza el cumplimiento de la obligación del fiado.

Puede existir un quinto elemento personal, consistente en un contragarante, deudor solidario o contrafiador, en términos del artículo 24 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ya que éste numeral impone a las instituciones afianzadoras la obligación de constituir garantías reales o personales de recuperación de la cantidad que pudieran pagar al actualizarse la fianza, con las siguientes modalidades:

1. Si se trata de prenda, sólo puede recaer en dinero en efectivo, adeudos bancarios, ciertos valores en serie emitidos por el Gobierno Federal o por instituciones de crédito, o sobre bienes de otra naturaleza valuados por institución de crédito o por corredor, en cuyo caso la responsabilidad de la institución de fianzas no puede exceder del 80% del valor de los bienes (Artículos 24 en relación con el 30, ambos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)
2. El fideicomiso sólo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición (Artículo 29 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas);
3. La garantía en hipoteca deberá constituirse sobre bienes valuados por institución de crédito o sobre la unidad completa de la empresa industrial, considerada en su conjunto, los cuales deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, ratificados ante Juez, Notario, Corredor Público o ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Artículos 28 y 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas); y
4. La obligación solidaria o contrafianza se aceptará cuando éstos comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimientos

mercantiles, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio (Artículo 30 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

En la contratación de la fianza puede existir un agente, persona física o jurídica-colectiva que pone en contacto al cliente con la afianzadora, a cambio de una remuneración económica denominada comisión. Estos agentes deben reunir determinados requisitos, entre el que destaca, la autorización por parte de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para fungir como tales.

II.6.2. Elementos materiales y formales

De conformidad con el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las fiadoras deberán otorgar las fianzas en forma escrita en documentos denominados pólizas, éstas, catalogadas como elemento material para la celebración de la fianza. En dicho documento se consignaran los derechos y obligaciones de cada parte.

El Maestro Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores, señala que *“las pólizas deben contener:*

- a) *denominación, domicilio y capital social de la institución;*
- b) *número de orden;*
- c) *importe de la prima y pago de derechos;*
- d) *plazo de vigencia;*
- e) *descripción de la obligación garantizada;*
- f) *nombre del beneficiario o acreedor;*
- g) *nombre del fiador;*
- h) *fecha en que se expide; y*
- i) *firma del representante legal de la institución.*³⁵

Por otra parte, si bien es cierto que la fianza es un contrato consensual, también lo es que dicha voluntad debe ser expresa y no tácita, motivo por el cual

³⁵ Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. Op. cit., 527.

la fiadora debe obligarse expresamente a responder por el fiado, lo cual constituye el elemento formal de la fianza; situación que ya se precisó en líneas que anteceden.

II.6.3. Elementos de existencia

Son tres los elementos de existencia del contrato de fianza a saber:

1. El consentimiento, consistente en el acuerdo de voluntades entre la institución afianzadora y el solicitante o contratante; lo anterior, independiente de que algunos autores señalen, que en ocasiones la fianza es una manifestación unilateral de la voluntad o una estipulación a favor de un tercero, lo que han denominado fuente de la obligación fiadora; sin entrar en mayor polémica, se precisa, que en el presente apartado, se comparte el criterio del doctrinario Oscar Vásquez del Mercado, quien señala que el fiador se compromete en tanto el contratante cumpla con el pago de la prima.³⁶
2. El objeto en la fianza será la conducta del fiador manifestada como una prestación de dar o de hacer. Asimismo, el objeto del contrato se divide en *directo* e *indirecto*. El *objeto directo del contrato* viene a ser la obligación subsidiaria que contrae la institución afianzadora, consistente en pagar al beneficiario, si se actualizan los requisitos señalados en el texto de la póliza. Por su parte, el *objeto indirecto* consiste en la obligación de dar que asume la afianzadora, relativa al pago de lo obligado en la póliza.
3. La existencia de la obligación principal, pues, si ésta no llega a existir o no contiene los elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco

³⁶ Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit., p. 367.

puede tener vida jurídica; en vía de consecuencia, la fianza será inexistente, si los es la obligación principal. Existe la posibilidad de afianzar obligaciones futuras, ya que la existencia de la fianza dependerá de la realización de esas obligaciones.

II.6.4. Elementos de validez

Los elementos de validez serán:

- La capacidad, es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones;
- La ausencia de vicios, esto es, el consentimiento debe estar libre de aquellas circunstancias que sin suprimirlo lo afectan y son: el error, conocimiento equivoco de la realidad; el dolo, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantenerlo en él; la violencia, existe cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, etcétera; y la lesión, perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.
- La licitud en el objeto, motivo o fin del contrato, debe ser lícito, además de posible y el hecho, como contenido de la prestación, también debe de ser lícito.

De los elementos señalados, merece especial mención la capacidad de la fiadora, pues dicha institución requiere de una capacidad especial, consistente en la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para funcionar como afianzadora.

II.6.5.Elementos reales

Los elementos reales son:

1. La obligación garantizada, consistente en que pueden garantizarse toda clase de obligaciones independientemente del contenido de la prestación a que se refieran; y
2. La obligación que asume la fiadora, consistente en el compromiso de pagar una suma de dinero, independientemente de que, como ya se explicó, tratándose de obligaciones de hacer, las instituciones de fianzas pueden sustituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación por si o constituyendo fideicomiso (Artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

II.7. PARTICULARIDADES

Existen algunas particularidades específicas de la fianza otorgada por instituciones de fianzas, como son:

II.7.1 SOLIDARIDAD

La solidaridad de la institución afianzadora, consistente en que vencida la obligación, el beneficiario puede dirigirse a la fiadora sin previa excusión del deudor principal, en términos del previsto en el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones que establece:

“Artículo 118.- Las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor.”

II.7.2. REAFIANZAMIENTO

Por otra parte, las afianzadoras cuentan con un margen de operación, que es el monto máximo autorizado de las obligaciones que la institución fiadora puede garantizar por sí sola en una póliza. Si el monto afianzado es mayor que el margen de operación, la responsabilidad de la fianza deberá compartirse con otras instituciones afianzadoras, lo que se denomina como reafianzamiento. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, establece los límites máximos de retención por fianza por la acumulación de responsabilidades por fiado, u operación de reafianzamiento, a que deben sujetarse las instituciones de fianzas procurando en todo momento la adecuada distribución de sus responsabilidades (Artículo 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

El artículo 114 de la ley de la materia define al reafianzamiento como el contrato por virtud del cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultadas conforme a la ley, o reafianzadoras extranjeras, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de su fianza.

Se ha señalado que en el reafianzamiento no se da ninguna relación entre las instituciones reafianzadoras y el beneficiario, pues éste sólo tiene los derechos y obligaciones frente a la institución fiadora directa, ya que las reafianzadoras sólo se obligan, mediante una prima, a pagar a la institución fiadora directamente obligada, una suma de dinero al actualizarse la póliza de fianza.

Los elementos personales del reafianzamiento son dos instituciones de fianzas (fiadora directa y reafianzadora).

El elemento formal del reafianzamiento es que éste se debe otorgar mediante un contrato-póliza.

Los efectos que produce el reafianzamiento son:

- Entre reafianzadora y reafianzada. De conformidad con el artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, señala que la primera tiene la obligación de pagar a la segunda en la proporción correspondiente, las cantidades que la última deba cubrir al beneficiario, y en caso de ser varias reafianzadoras, cada una deberá responder en la parte proporcional que les corresponde. El artículo 115 de la citada ley, establece que la reafianzadora estará obligada a proveer de fondos a la reafianzada con el objeto de que ésta cumpla sus obligaciones como fiadora.
- Entre reafianzadora y acreedor principal no existe obligación alguna, ya que la primera no se obligó con el segundo, ya que su póliza constituye un derecho a favor de la reafianzada.
- Asimismo entre reafianzadora y deudor principal no existe relación alguna.

II.7.3. RESERVAS DE CONTINGENCIA Y GARANTÍAS DE RECUPERACIÓN

Con las primas pagadas, las afianzadoras están obligadas a constituir reservas de contingencia, para cubrir las posibles reclamaciones de las obligaciones que garantizan, e invertir las en los bienes y valores que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Artículos 46 y 59 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Las instituciones afianzadoras, están obligadas a constituir garantías de recuperación de cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas; éstas pueden constituirse antes, al momento o después de celebrada la fianza.

La institución de fianzas tiene acción contra el solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, que formalice una o más garantías reales de recuperación, exigencia que sólo puede hacer:

- a) Cuando se le haya requerido el cumplimiento de su obligación fiadora;
- b) Cuando venza la obligación garantizada;
- c) Cuando cualquiera de los garantizados afronte el riesgo de insolvencia;
- d) Cuando aparezca que uno de ellos proporcionó información falsa respecto de su solvencia;
- e) Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación; y
- f) En los demás casos previstos en la legislación mercantil (Artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Asimismo, la afianzadora tiene acción para solicitar el secuestro precautorio de bienes antes de haber pagado, con la sólo comprobación de alguno de los supuestos señalados en líneas que anteceden (Artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La única excepción a la obligación de procurarse garantías se encuentra establecida en el artículo 22 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que establece, que en tratándose de fianzas de fidelidad y las que se otorguen ante autoridades penales, pueden expedirse sin garantía suficiente ni comprobable, hecha excepción de las fianzas penales que garanticen la reparación del daño y las que se otorguen para obtener la libertad provisional de los procesados o

inculcados por delitos contra las personas en su patrimonio, pues en todos éstos casos será necesario que la institución obtenga garantía suficiente y comprobable.

Una vez que se produce el pago de la fianza, ésta queda subrogada por ministerio de ley en todos los derechos, acciones o privilegios que el acreedor tenía contra el deudor y por lo tanto puede repetir contra éste para recuperar el reembolso de lo que pago (Artículo 122).

II.7.4. COFIANZAMIENTO

Para concluir el presente apartado, se encuentra la figura del cofianzamiento, que se presenta cuando dos o más instituciones de fianzas del país, otorgan fianzas garantizando un mismo o diverso e igual concepto a un mismo fiado, según se advierte del artículo 116 de la legislación en cita.

El cofianzamiento es un contrato de fianzas con diversas afianzadoras, de las que resulta una coparticipación de varias fiadoras en una misma obligación garante.

En el cofianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones cofianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía (Artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

El hecho de que las cofianzadoras se obliguen mancomunadamente, viene a ser una desventaja para el acreedor, quien se ve en la necesidad de exigir el pago de su crédito a varias empresas afianzadoras; pero ello quita utilidad al cofianzamiento, pues éste puede resultar sumamente útil en los casos de responsabilidades que exceden el margen de operación de la empresa a la que se solicitó la póliza, en cuyo caso ésta debe distribuir entre otras instituciones el excedente, y puede elegir entre reafianzar u ofrecer el cofianzamiento respectivo,

y previamente a la expedición de la póliza la afianzadora deberá contar con la aceptación por escrito de las demás instituciones de fianzas que participaran en el reafianzamiento o cofianzamiento (Artículo 33 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Del presente capítulo se puede concluir, que no existe en el marco jurídico mexicano la denominada fianza de empresa, y sólo existe la fianza mercantil, independientemente de quien sea el sujeto que la otorgue, en virtud de la calificación de mercantil que de ella realiza la ley.

Asimismo, se establece que se trata de un contrato consensual por una parte y formal por otra; accesorio; oneroso; de garantía personal; aleatorio; de adhesión; nominado y autónomo, el cual puede ser celebrado por instituciones afianzadoras o por personas (físicas o jurídico-colectivas) en forma accidental,

Se destacan ciertas características en las fianzas otorgadas por instituciones de fianzas, como la solidaridad, ya que dichas instituciones no gozan de los beneficios de orden y excusión; el reafianzamiento, consistente en que si el monto afianzado excede de del margen de operación, la responsabilidad de la institución afianzadora debe compartirse con otras instituciones; la constitución de reservas de contingencia para cubrir posibles reclamaciones; y el cofianzamiento que se presenta cuando dos o más instituciones de fianzas garantizan un mismo o diverso concepto a un mismo fiado.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTOS DE EXIGIBILIDAD.

III.1. RECLAMACIÓN ANTE LA INSTITUCIÓN AFIANZADORA.

El primer párrafo del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, impone la obligación a los beneficiarios de realizar la **reclamación** por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza de fianza, en los siguientes términos:

- Por escrito ante la institución de fianzas en el que le requiriera el pago de la fianza; y
- Acompañada de la documentación y demás elementos necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada.

La trascendencia de esta disposición radica, esencialmente, en **que se trata de un requisito de procedibilidad que deben agotar los beneficiarios de las fianzas** previamente antes de hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, o ante los tribunales competentes, lo anterior es así en virtud de que el trámite ante la citada comisión o por la vía judicial no sería procedente, si la afianzadora **no se hubiera negado a pagar la fianza**, y no podría negarse a tal pago, si no se le hubiese requerido para que lo hiciera. En caso de no realizarse el pago y estar **inconforme con la resolución de la institución de fianzas**, podrá entonces **presentarse la reclamación respectiva en las instancias señaladas.**

Ahora bien, dicho escrito de reclamación es parte de ésta, **formalmente hablando**, pues puede acontecer que la fiadora requiera documentación e

información al beneficiario, que sea necesaria para determinar la procedencia de la fianza motivo de la reclamación. Dicha documentación, deber ser requerida dentro de los quince días naturales, contados a partir de que es presentado el escrito de reclamación y el beneficiario tendrá el mismo término para presentar los documentos e información solicitados.

La única consecuencia que acarrea la falta de requerimiento o exhibición de documentos por parte de la fiadora y beneficiario, respectivamente, es que los términos para tener por integrada la reclamación son diversos.

Asimismo, forman parte de la reclamación, todos los elementos y documentos que el fiado, solicitante, obligado solidario y contrafiadores, están obligados a proporcionar a la fiadora, para determinar la procedencia, en su caso la cuantificación, o bien la improcedencia de la fianza, incluyendo las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza, en términos del artículo 118 bis de la ley de la materia.

Una vez integrada la reclamación, la institución afianzadora cuenta con un término de treinta días naturales, contado a partir de su integración, para proceder a su pago o comunicar por escrito al beneficiario las razones, causas y motivos de su improcedencia, a éste comunicado se le denomina dictamen, el cual es emitido en base a los documentos reunidos.

Debe decirse que las causales señaladas en el dictamen que sustentan la improcedencia de la reclamación son auténticas excepciones de pago, pues se emiten, como ya se señaló, sobre un análisis de la obligación principal garantizada, el cual deriva de la reclamación hecha por el beneficiario, quien considera que se ha incumplido la obligación garantizada, y en uso del derecho del reclamo consignado en la ley de la materia, solicita a la afianzadora le sea

reparado el perjuicio causado mediante una indemnización consistente en la entrega de determinada cantidad de dinero. Es por los motivos expuestos, que se plantea la importancia que se debe de atribuir a dicho dictamen, y motivo de la propuesta planteada en la presente tesis, tema que se tratará en los subsecuentes capítulos.

III.2 PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO ANTE LA COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

Una vez agotado el procedimiento de reclamación señalado en el apartado que antecede, y la institución afianzadora no de contestación dentro del término legal o exista inconformidad respecto del dictamen emitido, el beneficiario puede elegir hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros o ante los Tribunales competentes.

En caso de que el beneficiario opte por acudir ante dicha comisión, deberá agotar el procedimiento conciliatorio previsto en el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, el cual dispone que en caso de que presente la reclamación ante dicha dependencia, para hacer exigible las obligaciones contenidas en la póliza de fianza, deberá agotar el procedimiento conciliatorio, antes de someterse a cualquiera de las modalidades de arbitraje establecidas en la referida ley.

La reclamación a que alude el párrafo que antecede, puede presentarse por comparecencia del afectado, en forma escrita, o por cualquier otro medio, pero deberá contener; el nombre y domicilio del reclamante; el nombre y domicilio del representante o persona que promueve en su nombre, con el documento que acredite tal carácter; descripción del servicio reclamado, con una relación sucinta

de los hechos que motivan la reclamación; nombre de la afianzadora contra la que se formula la reclamación; y la documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación, en este caso la póliza de fianza.

Una vez presentada la reclamación ante la comisión, se emite un oficio que es enviado a la afianzadora, al que se acompañará copia de la reclamación, con los documentos aportados por el beneficiario, se señalará fecha para la audiencia de conciliación, y se requerirá a la garante la rendición de un informe; también se citará al fiado para que comparezca a dicha audiencia.

El informe requerido a la afianzadora, deberá ser presentado antes o en la audiencia de conciliación, con la que se correrá traslado al reclamante. En este informe, la institución de fianzas deberá contestar todos y cada uno de los hechos de la reclamación, ya que de no contestar completo el informe, el beneficiario solicitará el informe complementario, lo que puede ocasionar que la junta de conciliación sea diferida. En caso de no presentar el informe complementario, la afianzadora se podrá hacer acreedora a una multa. El informe debe estar firmado por el representante legal de la afianzadora.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, en el procedimiento conciliatorio se observaran las siguientes reglas:

1.- La comisión citará a las partes a una audiencia de conciliación que se realizará dentro de los veinte días hábiles contados a partir de la recepción de la reclamación;

2.- La afianzadora, en este caso, deberá, por conducto de un representante, rendir un informe por escrito que se presentará con anterioridad o hasta el momento de la celebración de la audiencia de conciliación;

3.- En el informe se responderá detallada y razonadamente todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, en caso contrario, dicho informe se tendrá por no presentado;

4.- La falta de presentación del informe, no es causa para suspender o diferir la audiencia y deberá darse por concluida el día señalado para su celebración;

5.- La falta de presentación del informe por parte de la afianzadora hará tener por cierto lo manifestado por el usuario, independientemente de las sanciones a que haya lugar de conformidad con lo señalado en la ley de la materia

6.- La comisión, en la audiencia de conciliación o dentro de los diez días anteriores a la celebración de la misma, podrá requerir información adicional a la institución afianzadora, y en su caso, diferirá la audiencia requiriéndola para que en la nueva fecha presente el informe adicional;

7.- En la audiencia se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, y si esto no fuere posible, la comisión las invitará a que, de común acuerdo, la designen como árbitro para resolver su controversia o alguno de los árbitros que les proponga, quedando a elección de las partes que el juicio arbitral sea en amigable composición o de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar en el acta que al efecto se firme ante la comisión. En caso de no someterse al arbitraje se dejarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los tribunales competentes o en la vía que proceda (Artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

Ahora bien, en relación al procedimiento arbitral a que se hace referencia, se pueden presentar las siguientes modalidades:

- a) Es arbitraje en estricto derecho cuando las partes facultan a su elección, a la comisión o alguno de los árbitro propuestos por la citada dependencia,

para dirimir la controversia planteada con estricto apego a derecho, sujetándose las partes a los términos y plazos previstos en el artículo 75 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; y

- b) Arbitraje en amigable composición, es aquel en que las partes facultan a la Comisión para resolver la controversia, en base a conciencia, verdad sabida y buena fe guardada, y se fija de común acuerdo, y previa opinión de la Comisión, las situaciones y puntos de la controversia, estableciendo las etapas y formalidades a que se sujetarán.

La fracción VIII del artículo 75 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, dispone que para lo no previsto en el procedimiento arbitral se aplicará supletoriamente el Código de Comercio, a excepción del artículo 1235 y a falta de disposición en dicho Código, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a excepción del artículo 617.

8.- En el caso de que la afianzadora rechace el arbitraje o no asista a la junta de conciliación y siempre que del escrito de reclamación o del informe presentado por la afianzadora se desprendan elementos que a juicio de la comisión supongan la procedencia del reclamo, ésta podrá emitir, previa solicitud por escrito del beneficiario, un dictamen técnico que contenga su opinión, del cual entregará al reclamante, copia certificada, a efecto de que lo pueda hacer valer ante los tribunales competentes, quienes deberán tomarlo en cuenta en el procedimiento respectivo.

Este dictamen técnico es una opinión técnico-jurídica emitida por la Comisión Nacional para la protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, consistente en una interpretación que hace respecto de la reclamación presentada ante ella.

Para poder emitir dicho dictamen se deben de reunir los siguientes requisitos: I) Debe de presentarse solicitud por escrito del usuario; II) Que la afianzadora rechace el arbitraje, o no asista a la junta de conciliación; y III) La existencia de elementos que a juicio de la comisión supongan la procedencia de la reclamación.

Dicha facultad de emisión del dictamen técnico es discrecional, así como el sentido en que se emita.

9.-En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, éste se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante, del cual fijará un término para acreditar su cumplimiento;

10.- A la afianzadora corresponde acreditar el cumplimiento del convenio, en caso de omisión, se hará acreedora a una sanción;

11.- En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, concluidas las audiencias de conciliación, la comisión ordenará a la afianzadora que registre el pasivo contingente que derive de la reclamación, de lo cual dará aviso a las Comisión Nacional de Seguro y Fianzas, dicho pasivo podrá ser cancelado, si transcurridos ciento ochenta días naturales después de su anotación, el reclamante no ha hecho valer sus derechos ante la autoridad judicial competente o no ha dado inicio al procedimiento arbitral.

Era necesario explicar éste procedimiento conciliatorio, tramitado ante la Comisión Nacional par la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en virtud de que, como ya se explicó, pues es obligatorio agotarlo por el beneficiario en caso de que quiera acudir ante dicha dependencia a hacer valer sus derechos, en términos del citado artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

III.3 PROCEDIMIENTO PARA FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACIÓN, DISTRITO FEDERAL, DE LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS

El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, permite a la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios, hacer efectivas las fianzas otorgadas a su favor, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 93 del referido ordenamiento o bien el procedimiento establecido en el diverso numeral 95, hecha excepción de las fianzas otorgadas a favor de la federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, pues se estará a lo previsto en el artículo 143 en relación con el 141 fracción III del Código Fiscal de la Federación.

Es obligación de las afianzadoras enviar a las respectivas tesorerías en los tres niveles de gobierno o autoridades correspondientes, copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a favor de éstas.

Una vez actualizada la fianza, la autoridad que la hubiere aceptado, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La autoridad ejecutora facultada para ello procederá a requerir de pago, en forma personal, o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la fiadora, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación

garantizada, en los términos referidos y por las autoridades correspondientes, dependiendo la naturaleza de éstas.

No surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello.

En el requerimiento de pago se apercibirá a la fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores.

Dentro del plazo de treinta días naturales, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que se inconformó con el requerimiento de pago. Si no acredita tales circunstancias, al día siguiente, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado.

Si la afianzadora se inconforma contra el requerimiento de pago, dentro del plazo de treinta días naturales, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, donde se hubiere formulado el requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

Dicho procedimiento de ejecución sólo terminará por las siguientes causas: a) por pago voluntario; b).por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa; c) por sentencia firme del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que declare la improcedencia del cobro; y d) porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

Los oficios de desistimiento de cobro, necesariamente deberán estar suscritos por los funcionarios facultados o autorizados para ello.

En relación con la excepción prevista en el primer párrafo del artículo 95 de la ley de la materia, consistente en que tratándose de fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se estará a lo previsto por el Código Fiscal de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a establecido que dicha excepción encuentra su origen en que la normatividad aplicable a éste tipo de fianzas, obedeció al propósito de asegurar la efectiva recaudación de ingresos que tiene a su favor el Estado, lo más pronto posible, mediante un procedimiento ágil que se aplica en caso de incumplimiento del contribuyente de las obligaciones fiscales federales, a fin de no entorpecer su actividad que necesita de esos recursos para realizar normalmente sus funciones, ya que, según la Corte, resultaría jurídicamente inadmisibles que el fisco aceptara garantías de obligaciones fiscales, que llevan aparejadas ejecución (crédito fiscal), para después someterse a un litigio previo dentro del procedimiento ordinario que establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en lugar de lograr su efectividad por la vía económica coactiva, a la que tiene derecho.

Por ello, es que nuestro Máximo Tribunal sostiene que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, el deber u obligación de la afianzadora, tratándose de una fianza expedida a favor de la Federación otorgada para garantizar un crédito fiscal a cargo de terceros, consiste en que cuando aquélla se haga exigible y se requiera el pago, mediante el procedimiento administrativo de ejecución, la institución de fianzas debe cubrir el monto de dicha fianza a la Federación; por lo que señala, que es evidente que no se debe seguir el procedimiento previsto en la legislación citada en primer término, sino que atendiendo a la naturaleza de la obligación objeto de la garantía, dicha efectividad se logra mediante un procedimiento administrativo de ejecución especial, el cual

conserva en lo esencial dos actos fundamentales del procedimiento genérico, puesto que ambos inician con un requerimiento de pago, al que se acompaña, en uno la liquidación del crédito fiscal (genérico) y al otro los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad; y, culminan con el remate, en un caso, de los bienes embargados (genérico) y, en el otro supuesto, de valores propiedad de la institución afianzadora.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 2a./J. 33/96, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, perteneciente a la Novena Época, Tomo IV, Agosto de 1996, visible en la página 203, del rubro: "FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACION PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVE LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES"³⁷; sostiene que la circunstancia de establecer un procedimiento especial para hacer efectiva una póliza de fianza que garantiza una obligación fiscal, no se traduce en que el acuerdo de voluntades, del cual deriva, adquiera la naturaleza de un crédito fiscal por su forma prevista para hacerlo exigible, en atención a que el contrato se rige por disposiciones específicas y no se le pretende aplicar en su integridad el Código Fiscal de la Federación como si se tratara de una contribución en general, sino solamente cuando es necesario hacer efectiva la póliza de fianza expedida a favor del fisco federal, lo que de ninguna manera significa que se le esté cobrando a aquélla el crédito fiscal objeto de la garantía, sino un nuevo crédito, el cual, por disposición legal, se hace exigible a través de un procedimiento de ejecución específico.

De las consideraciones expuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se concluye que cuando se trata de fianzas otorgadas a favor de la

³⁷ Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS 2003. Op. cit., Registro 200,556.

Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se esta ante un procedimiento especial a efecto de que el Estado pueda cumplir su función social, ya que la fianza concedida, según lo expuesto, es un nuevo crédito fiscal, dada la naturaleza de la obligación garantizada.

Lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se traduce en una falta de observancia del artículo 2º de la ley de la materia, en virtud de que su labor interpretativa es omisa y poca exhaustiva, pues no toma en consideración lo previsto por el numeral en cita, el cual establece que las fianzas celebradas por las instituciones de fianzas serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, y la única excepción prevista por el citado numeral es en relación con la garantía hipotecaria, es decir, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas nunca realiza una distinción en cuanto a la mercantilidad de la póliza sobre la base de los sujetos que son beneficiarios de ésta, situación que no fue considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, y no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación justifica la aplicación de un procedimiento administrativo, al que le da la característica de especial, para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación que garanticen créditos fiscales a cargo de terceros, sostiene en la jurisprudencia 2a./J. 90/2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, perteneciente a la Novena Época, Tomo XII, Octubre de 2000, consultable en la página 257, del rubro: *"FIANZAS. EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE NULIDAD QUE SE ENDERECE EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA QUE REQUIERA EL PAGO DE INTERESES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN LA PÓLIZA, CUANDO SE GARANTIZAN*

*OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS.*³⁸; que a éste tipo de fianzas sí le es aplicable el artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual versa sobre los intereses que se encuentra obligada a pagar la institución afianzadora, en caso de falta de pago de la obligación garantizada, pues señala nuestro Máximo Tribunal, que tiene la obligación ineludible de pagar intereses, ya que es de carácter irrenunciable.

Establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dichos intereses se les da el carácter de "condena accesoria", pues se encuentran en relación de dependencia teleológica con la obligación principal, consistente en el pago de la fianza cuando sea exigible, ya que sin ésta dichos intereses no tendrían vida jurídica; por lo que, se trata de un concepto que concierne y es accesorio de la obligación principal, es decir, los intereses se generan por la falta oportuna del cumplimiento del pago de la fianza, es un derecho de la Federación irrenunciable y son de carácter accesorio de la obligación principal.

Argumentos bajo los cuales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación infiere que si para la exigibilidad de una fianza de las características mencionadas, se lleva a cabo el procedimiento administrativo de ejecución que establece el Código Fiscal de la Federación, tal hecho comunica su situación jurídica al cobro de intereses por falta oportuna en el cumplimiento de la obligación principal, esto es, que para requerir su pago basta el requerimiento de cobro formulado por las autoridades fiscales, sin que sea necesario someterse a un juicio en el que previamente tenga que vencer a la institución de fianzas, en atención a que al encontrarse en condiciones similares y participar de la naturaleza de la obligación principal, es posible que el fisco federal incluya a éstos en los requerimientos respectivos.

³⁸ *Ibidem*. Registro 190,947.

De lo anterior se concluye, que tratándose de los intereses a que se puede hacerse acreedora una institución de fianzas, si le es aplicable la Ley Federal de Instituciones de Fianzas ya que participa de la naturaleza de la obligación principal, la que es de naturaleza de fiscal, según interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, a un crédito fiscal le son aplicables intereses de carácter mercantil.

Entonces, en relación con los intereses, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza una reflexión sobre la autonomía de la fianza, como contrato que genera sus propias situaciones y, consecuencias jurídicas, esto es, como una obligación diversa de la que le dio origen.

También, es importante dejar apuntado que el Máximo Tribunal no toma en consideración lo establecido por la fracción VIII del citado artículo, el cual excluye dichos créditos fiscales.

Por otra parte, bajo la misma concepción de un procedimiento especial para las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar las obligaciones fiscales a cargo de terceros, y de una estricta interpretación de la norma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que, en virtud de que en dicho procedimiento no se requiere la presentación de una reclamación ante la afianzadora, sino que se limita al requerimiento de pago, no resulta aplicable el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ya que dicho numeral establece como requisito para que opere la prescripción de la fianza, que se presente la reclamación, mismo que en el procedimiento especial no es necesario, motivo por el cual opera la remisión al Código Fiscal de la Federación (artículo 146) para estimar actualizada la figura de la prescripción.

Lo anterior, señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es así porque si bien la Ley Federal de Instituciones de Fianzas fija el término para que se

actualice la prescripción, no es técnico ni jurídico que tal término opere en el caso de excepción que en ella misma prevé.

Del análisis del razonamiento anterior, se observa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tomó en consideración que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no realiza distinción de tratamiento alguno para que opere la caducidad o prescripción de la fianza, en función del beneficiario, por lo que debe operar para todo tipo de beneficiarios independientemente de la calidad del mismo.

Ahora bien, el sustento total de dicho criterio, es que la legislación de fianzas cita el vocablo reclamación y el procedimiento de excepción establece el vocablo requerimiento, aclaración que resulta innecesaria, por que dichas palabras son sinónimos, pues ambos llevan implícito el ejercicio de un derecho para exigir el pago de la obligación garantizada.

En ese orden de ideas, se llega a la conclusión, con base en la interpretación jurisprudencial de la Corte, que tratándose del Estado siempre le serán aplicables las normas que más le beneficien a sus intereses, sean procesales o sustantivas.

Por otro lado, cabe indicar que otros dos procedimientos que deben observarse, tratándose de fianzas otorgadas ante autoridades judiciales.

El artículo 130 de la ley de la materia establece que los pasos que se deben seguir para hacer efectivas las fianzas otorgadas para garantizar la libertad de los procesados ante autoridades del orden penal, son:

"1.- La autoridad judicial, para el sólo efecto de la presentación del fiado, requerirá personalmente o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello. Dicho requerimiento podrá hacerse en cualquiera de los establecimientos mencionados o en el domicilio del

apoderado de referencia, que se encuentre más próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate;

II.- Si dentro del plazo concedido, no se hiciera la presentación solicitada, la autoridad judicial lo comunicará a la autoridad ejecutora federal o local, según sea el caso, para que proceda en los términos del artículo 95 de esta Ley. Con dicha comunicación deberá acompañarse constancia fehaciente de la diligencia de requerimiento;

III.- La fianza será exigible desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado, sin que lo haya hecho."

Otro procedimiento es el que establece la forma de hacer exigibles las fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales que no sean del orden penal, y que se actualicen durante la tramitación del proceso en el que hayan sido exhibidas.

Dicho procedimiento se encuentra previsto en el artículo 94 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que a la letra dice:

"Artículo 94 Bis.- Las fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales, que no sean del orden penal, se harán efectivas a elección de los acreedores de la obligación principal, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93, 93 Bis y 94 de esta Ley.

Para el caso de que se hagan exigibles las fianzas señaladas en el párrafo anterior, durante la tramitación de los procesos en los que hayan sido exhibidas, el acreedor de la obligación principal podrá iniciar un incidente para su pago, ante la propia autoridad judicial que conozca del proceso de que se trate, en los términos del Código Federal de Procedimientos Civiles. En este supuesto, al escrito incidental se acompañarán los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza."

El artículo en cita señala que durante la tramitación de los procesos en los que hayan sido exhibidas, el acreedor de la obligación principal podrá iniciar un incidente para su pago, ante la propia autoridad judicial que conozca del proceso de que se trate, en los términos del Código Federal de Procedimientos Civiles. En

este supuesto, al escrito incidental se acompañarán los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

De lo expuesto en éste capítulo, se concluye que el procedimiento de reclamación es un requisito de procedibilidad que deben agotar los beneficiarios de las fianzas previamente antes de hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, o ante los tribunales competentes. En caso de que se opte por acudir a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, el beneficiario deberá agotar el procedimiento conciliatorio. Cuando los beneficiarios son la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios, pueden optar por el procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y en el caso de fianzas otorgadas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

Asimismo, según interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se establece que cuando se trata de fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se esta ante un procedimiento especial a efecto de que el Estado pueda cumplir su función social, ya que la fianza concedida es un nuevo crédito fiscal, dada la naturaleza de la obligación garantizada; sin embargo, si se trata de los intereses a que se puede hacerse acreedora una institución de fianzas, sí le es aplicable la Ley Federal de Instituciones de Fianzas ya que participa de la naturaleza de la obligación principal, la que es de naturaleza de fiscal, conforme a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no obstante que la fracción VIII del artículo 95 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los excluye en éste supuesto.

Y otros procedimientos establecidos, son los previstos en los artículos 94 Bis y 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que establecen los pasos a

seguir para hacer efectivas las fianzas otorgadas para garantizar la libertad de los procesados, y las que se actualicen durante la tramitación de los procesos en que hayan sido exhibidas.

CAPITULO IV

JUICIO ESPECIAL DE FIANZAS

Una vez expuestos los diversos procedimientos para hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones garantizadas mediante póliza de fianza, mismos que se encuentran regulados por la ley de la materia, y los casos de excepción apuntados, corresponde el análisis del juicio especial de fianzas y de los diversos acontecimientos que se dan en la secuela procesal, sin embargo, cabe hacer una reflexión si es correcto el uso de dicho término, motivo por el cual resulta necesario acudir a los conceptos de proceso, juicio y vía.

El Maestro Cipriano Gómez Lara define al proceso como un: *“Conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dividirlo.”*³⁹

Por su parte el Jurista Eduardo J. Couture expone:

*“Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, del conflicto sometido a su decisión.”*⁴⁰

El maestro Eduardo Pallares señala: *“El proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que*

³⁹ Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 9ª ed. Editorial Oxfor University Press. México, Distrito Federal, 2000, p. 121.

⁴⁰ Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª ed. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 2002, p.99.

*da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata... Entre los procesos jurídicos tiene gran importancia el jurisdiccional, al extremo de que se le considera como el proceso por antonomasia... Se entiende por proceso jurisdiccional, el que se lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, o sean los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades.*⁴¹

El tratadista Leo Rosenberg expone: *"En sentido jurídico se usa la palabra processus, a partir de la Edad Media (primero en derecho canónico) muchas veces con el aditamento iudiciarius o iudicii, y significa el procedimiento para la reclamación y prosecución de los derechos ante tribunales... La palabra proceso sirven también para la designación del procedimiento particular, concreto, que pende entre dos partes con motivo de una determinada relación jurídica.*"⁴²

El maestro Carlos Arellano García indica: *"... el proceso, en una de sus acepciones, es un conjunto de fases sucesivas de un fenómeno. Precisamente, en el proceso, hay una sucesión de actos jurídicos, de hechos jurídicos y de actos materiales, enlazados para que se produzca la dicción del derecho en los casos controvertidos o para que se produzca la necesaria intervención del juzgador en los casos en que la ley así lo exige, en los casos no controvertidos.*"⁴³

De los conceptos expuestos, se define al proceso jurisdiccional como: *una forma heterocompositiva institucional de solución de controversias del colectivo social, a través de actos desenvueltos progresivamente por el órgano estatal jurisdiccional facultado para ello, por las partes y terceros interesados, actos que están encaminados a resolver la controversia, mediante un juicio de la autoridad, aplicando la ley al caso concreto.*

⁴¹ Pallares, Eduardo, Op. cit., p. 640.

⁴² Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. 5ª ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, pp. 1 y 2.

⁴³ Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil. 8ª ed. Ed. Porrúa. México, 2001, p.8.

Ahora bien, *“el objeto de regulación del procedimiento mercantil, lo constituyen los actos y operaciones que la ley reputa mercantiles”*⁴⁴, situación que se explicó en anteriores capítulos.

Por otra parte, el Doctor Cipriano Gómez Lara explica que el proceso se divide en dos etapas a saber: instrucción y juicio.

Señala que la instrucción existe en todo tipo de procesos y engloba todos los actos procesales, ya sea del órgano jurisdiccional, de las partes o de los terceros, es una primera fase de preparación que permite al juzgador la concentración de datos, las partes exponen sus pretensiones, sus defensas, en esta fase se ofrecen y desahogan los medios de convicción, para que le juzgador mediante un juicio emita la resolución correspondiente.

La etapa de juicio (vocablo que *“deriva del latín *judicium* que, a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, dare que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto”*⁴⁵), es el procedimiento mediante el cual, el juzgador con base en los hechos expuestos, las defensas alegadas y los medios de convicción ofrecidos y desahogados, emite la sentencia correspondiente.

Con los elementos aportados, se concluye que el proceso mercantil inicia con la incitación del órgano jurisdiccional de Estado para que dirima una controversia, y concluye con el dictado de la resolución correspondiente. Éste se divide en dos etapas, instrucción y juicio, y ésta última es la etapa del proceso en la que participa exclusivamente el juzgador.

⁴⁴ Arellano García, Carlos. *Práctica Forense de Derecho Mercantil*. 15ª ed. Ed. Porrúa. México, 2002, p. 2.

⁴⁵ Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 26ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000, p. 464.

Por otra parte, en el procedimiento mercantil existen diversas vías para solucionar los conflictos de esa naturaleza.

El Maestro Eduardo Pallares, señala que la vía es: *"la manera de proceder en un juicio siguiendo determinados trámites."*⁴⁶

Por vía se entiende la manera de proceder en la decisión de una pretensión formulada a un órgano jurisdiccional, de acuerdo con las normas preestablecidas en los códigos o leyes correspondientes; luego, si se reclama el cumplimiento de las obligaciones consignadas en una póliza de fianza en términos de la fracción III del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se dice que es procedente la vía especial de fianzas para dilucidar una controversia de esa naturaleza.

De lo expuesto se concluye que lo ideal sería referirse al proceso mercantil en la vía especial de fianzas, para reclamar el cumplimiento de las obligaciones consignadas en una fianza otorgada por instituciones dedicadas a ello, y no al juicio especial de fianzas, ya que el juicio sólo es una etapa del proceso.

Sin embargo, no es incorrecto su uso ya que ante una falta de técnica legislativa, en el párrafo primero del artículo 94 de la ley de la materia, el legislador dispuso que los juicios contra las instituciones de fianzas, serán substanciados conforme a las reglas previstas en dicho numeral, de la literalidad:

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

I.- Se emplazará a la institución y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en un plazo de cinco días hábiles, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia;

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 784.

II.- Se concederá un término ordinario de prueba por diez días hábiles, transcurrido el cual actor y demandado, sucesivamente, gozarán de un plazo de tres días hábiles para alegar por escrito;

III.- El tribunal o juez dictará sentencia en el plazo de cinco días hábiles;

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;

V.- Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, conforme a las siguientes reglas:

a).- Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de los tres días hábiles siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio; y

b).- Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros determinará los bienes de la institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo. La misma Comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes;

VI.- El Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos;

VII.- Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación; y

VIII.- Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza."

IV.1. ESCRITO INICIAL DE DEMANDA

Una vez que el beneficiario de la póliza de fianza, agotó el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 93 de la ley de la materia, esto es, presentó su reclamación por escrito, acompañada de la documentación que demuestran la exigibilidad de la obligación garantizada; la institución afianzadora, hizo del conocimiento del fiado dicha circunstancia para que proporcionara los documentos para determinar la procedencia del reclamo y, en su caso, requirió al beneficiario todo tipo de documentación o información bajo las mismas circunstancias; acontece que la institución fiadora mediante un dictamen determina la procedencia o improcedencia del reclamo, con el cual se encuentra inconforme el beneficiario, por lo que opta entre los diversos procedimientos, por el previsto por el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, procede a formular su escrito inicial de demanda.

El Jurista Carlos Arellano García define a la demanda como: *“el acto jurídico procesal, verbal o escrito, por el cual una persona física o moral, denominada actor, acude ante un órgano jurisdiccional a ejercitar su derecho de acción en contra de otra persona física o moral, denominada demandada o reo, con el objeto de reclamar las prestaciones que se enuncian.”*⁴⁷ Dicho autor⁴⁸, explica los elementos de ese concepto, bajo los siguientes argumentos:

Cuando señala que se trata de un acto jurídico procesal, quiere decir que se trata de un acto en el que hay la manifestación de voluntad hecha con la intención de producir consecuencias jurídicas, y al manifestar que es un acto jurídico, lo distingue del acto material y del hecho jurídico.

Le da el carácter de procesal, pues es el acto inicial, ordinario o normalmente, del proceso.

⁴⁷ Arellano García, Carlos. Op. cit., pp. 129 y 130.

⁴⁸ Cfr. Ibídem., p. 130.

Menciona que existe la posibilidad de que la demanda sea formulada verbalmente, sin embargo, en la vía especial de fianzas, ésta debe ser formulada por escrito atento a lo dispuesto en la fracción I del artículo 1,055 del Código de Comercio, de aplicación supletoria a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por mandato expreso la fracción VI del artículo 94; la fracción citada en primer término dispone que todos los ocurso de las partes y actuaciones judiciales deben escribirse en idioma español; fácilmente legibles a simple vista, y deben estar firmados por los que intervengan en ellos, situación que incluye, evidentemente, el escrito de demanda.

Incluye la presencia de los sujetos que tienen injerencia necesaria en la demanda, argumento que es aplicable en la vía especial de fianzas, ya que por una parte tenemos al beneficiario, quien formula la demanda contra la respuesta dada por obligada fiadora, ello independientemente de que pueda existir un tercero en el proceso, pues en términos del artículo 108 bis de la ley de la materia, la afianzadora puede denunciar el pleito al fiado, únicamente para el efecto de que exhiba las pruebas que estime convenientes.

Refiere el citado autor que la demanda es el medio idóneo por el cual se ejercita el derecho de acción, y ésta es la parte central de la demanda ya que le da su principal contenido.

Finalmente expone que el órgano jurisdiccional es quien tiene a su cargo el desempeño de la función jurisdiccional, ya sea un juez, un árbitro, un tribunal, etcétera.

Por otra parte, el escrito inicial de demanda en la vía especial de fianzas debe reunir ciertos requisitos, a saber:

1. El tribunal ante el cual se promueva; éste señalamiento no es simplemente un acto material, ya que entraña una convicción de que tiene

jurisdicción y competencia. En la vía especial de fianzas, es optativo para el beneficiario acudir a los órganos federales o locales para dirimir la controversia. Las circunstancias que habrá de tomar en consideración el beneficiario, es la competencia por razón de territorio, así como el hecho de que hayan pactado someterse ante determinado órgano jurisdiccional, en forma expresa o tácita;

2. El nombre del actor y el domicilio que señala para recibir notificaciones, exhibición de los documentos base de la acción y de aquellos que habrán de servir como prueba; éstos señalamientos se encuentran regulados por los numerales 1061 y 1069 del Código de Comercio de aplicación supletoria a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que establecen, la necesidad de acreditar la personería con que comparecen al proceso en nombre y representación de un persona, ya sea física o jurídica-colectiva, situación que puede ser subsanada en términos del diverso artículo 1126 del referido Código; asimismo, deberá de señalarse el domicilio para oír notificaciones y practicar las diligencias que sean necesarias, ya que en caso de ser omisas, las notificaciones se les practicarán con forme a las reglas de las notificaciones que no deban ser personales; y se deberán de presentar todos lo documentos fundatorios de la acción así como los que haya de servir como prueba, pues de no exhibirlos no le serán aceptados con posterioridad, a menos que se trate de pruebas supervenientes;

3. El objeto u objetos reclamados, con sus accesorios; deberá indicarse en la demanda, de forma clara y precisa, la o las prestaciones reclamadas, así como sus accesorios, como lo puede ser el pago de intereses, gastos y costas, etcétera; sin embargo, es de señalarse que tratándose de fianzas, la fracción VII del artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, obliga al juzgador o árbitro a imponer, en caso de condena, las sanciones accesorias previstas en dicho numeral;

4. Los hechos en que el actor funde su petición con el señalamiento de las pruebas que habrán de acreditarlos; los hechos éstos deberán ser narrados sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda producir su contestación y defensa, de igual forma, en términos de lo previsto en los artículos 1378 y 1401, del Código de Comercio de aplicación supletoria a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el actor deberá mencionar los documentos públicos y privados que tengan relación con la demanda y proporcionar los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos contenidos en la misma; asimismo, ofrecerá su pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, y de conformidad con el diverso numeral 1198 de la legislación en cita, las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con las mismas, y las razones por las que considera que demostrarán sus afirmaciones.

Primero el actor señalara los hechos que habrán de aludir a la existencia del derecho para demandar, esto es, la forma como en que éste se convirtió en el titular del derecho. Posteriormente, determinará los hechos en los que considera violado un derecho o desconocida una obligación, éste tipo de hechos, en la vía especial de fianzas, tienen una directa vinculación con el dictamen que emitió la afianzadora, pues lo resuelto por la afianzadora en éste, es el motivo de inconformidad por parte del beneficiario, ya que lo que intentará en el proceso es crear la convicción en el juzgador, de que los motivos expuestos en dicho dictamen por la afianzadora para no cumplir o cumplir parcialmente con la obligación garantizada, no se encuentran acorde al acuerdo de voluntades, por lo que infringen su esfera jurídica; y

5. Los fundamentos de derecho y la clase acción; la demanda deberá llevar un capítulo de derecho que cite las normas que sustentan las prestaciones reclamadas y encauzan los hechos narrados hacia una resolución favorable a los intereses del actor; en cuanto a la acción, no es necesario que se exprese su

nombre, siempre y cuando se determine con la claridad la clase de prestación reclamada y el título o causa de la acción.

IV.2. CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES QUE PUEDE OponER LA INSTITUCIÓN AFIANZADORA

Presentada la demanda por parte del beneficiario, se emplazará a la institución afianzadora para que de contestación en un plazo de cinco días hábiles (artículo 94 fracción I, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La contestación es definida por el Jurista Eduardo Pallares como: *"el escrito en que el demandado evacua el traslado de la demanda y da respuesta a ésta."*⁴⁹ Es la respuesta de la parte demandada a las pretensiones del actor contenidas en la demanda.

El Maestro Carlos Arellano García, señala los siguientes requisitos que debe contener el escrito de contestación:

1. Señalar el tribunal a quien se dirige; esto es, ante el órgano jurisdiccional que practicó el emplazamiento;
2. El juicio ante el que promueve; con exactitud debe contener el nombre del actor así como el número de expediente;
3. El domicilio que señala para recibir notificaciones, exhibir los documentos base de sus excepciones y de aquellos que habrán de servir como prueba; en este apartado le son aplicables los citados artículos 1061 y 1069 del Código de Comercio, pues en su caso, también la parte demandada, que en este caso se trata de una institución afianzadora, tendrá que acreditar la personería del

⁴⁹ Pallares, Eduardo. Op. cit., p. 190.

individuo que comparece al proceso, deberá señalar el domicilio para oír notificaciones, y deberá de presentar todos los documentos fundatorios de sus excepciones, así como los que haya de servir como prueba, en términos del diverso numeral 1378;

4. La contestación a todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, y el ofrecimiento de pruebas; la afianzadora habrá de referirse a todos y cada uno de los hechos expuestos por el actor, en forma clara y precisa, se deberán de confesar, negar o expresar que los ignora porque no son propios. Al igual que el actor deberá mencionar los documentos que tengan relación con su contestación y proporcionar los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos contenidos en su contestación,; asimismo, ofrecerá sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, expresando claramente los hechos de su contestación que trata de demostrar, y las razones por las que considera que acreditarán la improcedencia de lo reclamado; y

5. Expresará los fundamentos de derecho que respalden su posición y señalará las excepciones y defensas que respalden ésta. El artículo 1379 del Código de Comercio establece que el demandado debe hacer valer sus *excepciones*, cualquiera que sea su naturaleza, simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueren supervenientes.

¿Y qué es una excepción?; El Jurista Eduardo J. Couture señala que la excepción tiene tres significaciones: 1) como *defensa*, pues *“es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él, esto es, son actos tendientes a proteger un derecho; 2) como pretensión, ya que sólo se alude a la pretensión del demandado y no a su*

*derecho; y, 3) como procedimiento, pues es el nombre que se le da a determinados actos de defensa procesal.*⁵⁰

Ahora bien, de conformidad con el artículo 94 fracción VIII de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las afianzadoras pueden oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, incluyendo las causas de liberación de la fianza; evidentemente, la ley se refiere a aquellas excepciones que el Tratadista Eduardo J. Couture denomina como de *defensa y pretensión*, excluyendo aquellas de carácter procesales.

En ese orden de ideas, se llega a la conclusión de que la citada fracción permite a las afianzadoras, en su escrito de contestación, establecer motivos diferentes respecto de los cuales determinaron la improcedencia total o parcial de la póliza de fianza, esto es, permite la introducción de cuestiones novedosas desconocidas por el actor al realizar su demanda, circunstancia que lo deja en estado de indefensión, pues éste ya no tiene medio de defensa legal para controvertir las nuevas excepciones alegadas por la afianzadora, ya que formuló su demanda únicamente en base a los motivos y circunstancias que la afianzadora determinó en su dictamen, y no obstante que se le dé vista con el escrito de contestación, el desahogo de dicha vista ya no forma parte de la litis.

Lo preceptuado en la fracción en estudio, es contrario al procedimiento previsto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues éste establece de forma clara que la afianzadora deberá de exponer las razones, causas y motivos por los que se niega al pago de la reclamación planteada por la beneficiaria de la fianza; de manera que en la vía especial de fianzas sólo se deberían de examinar la validez de los motivos de esa oposición al pago total o parcial, pero no cualquier otra excepción, sino sólo aquellas que se encuentren vinculadas con los motivos que expuso la afianzadora al contestar la reclamación;

⁵⁰ Couture, Eduardo J. Op. cit., p. 73.

pues de lo contrario ningún caso tendría lo dispuesto por el referido artículo 93, ya que la beneficiaria podría acudir directamente a los tribunales a solicitar el pago, sin necesidad de agotar el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 93 que se explicó en el capítulo anterior.

Por tanto, del procedimiento previsto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se desprende que la afianzadora al emitir la resolución correspondiente a la reclamación de la fianza, puede llevar a cabo alguna de las siguientes conductas:

- a) Si a su juicio procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda; a lo que el beneficiario estará obligado a recibir, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia.

- b) Si la afianzadora determina que es improcedente la reclamación, deberá de expresar por escrito al beneficiario las razones, causas o motivos de esa improcedencia.

En consecuencia, si ante la determinación de improcedencia total o parcial de la reclamación, la beneficiaria hace valer sus derechos ante los tribunales, es inconcuso que la controversia se debería de fijar a partir de los motivos, causas o razones que la afianzadora determinó en el dictamen en cuestión. El presente tema será abordado con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

IV.3. DENUNCIA DEL PLEITO AL FIADO

En el momento de contestación de la demanda, la institución afianzadora debe de denunciar el pleito al fiado únicamente para que rinda las pruebas, en términos del artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que es de la literalidad:

“Artículo 118 Bis.- Cuando las instituciones de fianzas reciban la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, haciéndoles saber el momento en que se vence el plazo establecido en la Ley, en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios, para resolver o inconformarse en contra de la reclamación.

Por su parte, el fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores, estarán obligados a proporcionar a la afianzadora oportunamente todos los elementos y documentación que sean necesarios para determinar la procedencia y, en su caso, la cuantificación de la reclamación o bien su improcedencia, incluyéndose en este caso las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza. Asimismo, cuando se considere que la reclamación es total o parcialmente procedente, tendrán la obligación de proveer a la institución de fianzas, las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.

En caso de que la afianzadora no reciba los elementos y la documentación o los pagos parciales a que se refiere el párrafo anterior, podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario y, en este caso, el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, estarán obligados a reembolsar a la institución de fianzas lo que a ésta le corresponda en los términos del contrato respectivo o de esta Ley, sin que puedan oponerse a la institución fiadora, las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor, incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del Código Civil para el Distrito Federal y los correlativos de los Estados de la República.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente a su acreedor para demandar la improcedencia del pago hecho por la afianzadora y de los daños y perjuicios que con ese motivo le hubiere causado. Cuando los que hubieren hecho el pago a la afianzadora fueren el solicitante o los obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor que como beneficiario de la fianza la hizo efectiva.

Independientemente de lo establecido en los párrafos precedentes, las instituciones de fianzas, al ser requeridas o demandadas por el acreedor, podrán denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea convenientes. En caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas. Lo anterior también será aplicable en el procedimiento conciliatorio y juicio arbitral a

que se refiere esta Ley así como en los procedimientos convencionales que se establezcan conforme al artículo 103 bis de la misma.

El texto de este artículo se hará saber de manera inequívoca al fiado, al solicitante y, en su caso, a los obligados solidarios o contrafiadores y deberá transcribirse íntegramente en el contrato solicitud respectivo.

La institución de fianzas en todo momento tendrá derecho a oponer al beneficiario la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella."

Cabe recordar que, de conformidad con el numeral en cita, en el **procedimiento de reclamación** las afianzadoras **tienen la obligación de hacer del conocimiento del fiado**, la reclamación de la obligación garantizada con póliza y le deberán hacer saber el momento en que se vence el plazo para resolver la misma.

Asimismo, en dicho procedimiento de reclamación el fiado está obligado a proporcionar a la institución de fianzas todos los elementos necesarios para determinar la procedencia de la reclamación o bien su improcedencia, incluyendo las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza.

En tal virtud, si conforme al numeral en cita y los párrafos precedentes, en el procedimiento de reclamación la afianzadora tiene la obligación de hacer del conocimiento del fiado el requerimiento de pago para que éste proporcione todos los elementos necesarios para determinar la procedencia del mismo, y en caso de improcedencia, haga de su conocimiento las excepciones relacionadas con la obligación principal, ya que su participación en la vía especial de fianzas, se limita a ofrecer pruebas, es un inconcuso que la afianzadora al resolver sobre la improcedencia de la fianza, exponga como motivos, las excepciones planteadas por el fiado, además de los motivos que resulten del propio contrato de fianza, consecuentemente, no existe motivo alguno para que la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, permita a la afianzadora exponer diversas defensas al contestar la demanda, ya que se insiste, lo determinado en el dictamen, son las únicas causas que establecen la improcedencia parcial o total de la fianza, pues en éste se incluyen las excepciones relacionadas con la obligación principal, por lo que, al permitir que la afianzadora al contestar la demanda señalé diversas defensas, dejaría en un estado de indefensión al actor, ya que son elementos nuevos que éste no conocía al formular su demanda.

IV.4. FIJACIÓN DE LA LITIS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE FIANZAS

"Litis. Sinónimo de litigio, en una de sus acepciones. Conflicto de intereses jurídicamente calificado entre dos o más personas, respecto de algún bien o conjunto de bienes. También significa las cuestiones de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento y decisión del juez."⁵¹ No es otra cosa, más que los puntos controvertidos entre la demanda y contestación a ésta, lo que constituye la materia a dilucidar en el proceso.

El Maestro Eduardo Pallares distingue dos tipos de litis: 1) litis abierta, consistente en la facultad que la norma concede a las partes para modificar la litis formada al iniciarse el juicio y hasta antes de citación a sentencia; y 2) litis cerrada, es aquella que no puede ser modificada por las partes después de la que hayan fijado en los escritos de demanda y contestación; esto es, sólo puede ser modificada cuando hay excepciones supervenientes, o cuando existan documentos supervenientes que sirvan como prueba y funden una modificación en la litis.⁵²

⁵¹ Pallares, Eduardo. Op. cit., p. 545.

⁵² Cfr. Pallares, Eduardo. Op. cit., pp. 545 y 546.

El Licenciado Rosalio Chavero Montes, señala que la litis se fija, con los escritos de demanda, contestación y réplica, bajo las siguientes consideraciones:

“... la litis queda fijada de manera definitiva con el escrito de demanda, contestación y réplica, en donde el actor puede adicionar lo dicho en la demanda y ofrecer nuevas pruebas, al dejar de contemplar la réplica a favor de la demandada limita los derechos de ésta, pues es evidente que se le dan mayores ventajas a la parte actora desde el momento en que mediante la réplica puede mejorar su demanda y ofrecer nuevos elementos de convicción.”⁵³

Debe decirse que no obstante, como lo sostiene el citado autor, que con la contestación de demanda se da vista al actor, ello es para el único efecto de que mencione a los testigos que hayan presenciado los hechos controvertidos, sin que tal réplica forme parte de la litis, ya que como se apuntó, ésta sólo se forma con los hechos controvertidos resultado de la compulsión de la demanda y la contestación, sirve de apoyo a lo anterior la tesis sustentada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Tomo 217-228, Cuarta Parte, página 189, del texto y rubro:

“LITIS, FIJACION DE LA, EN MATERIA MERCANTIL. Cabe señalar que la contestación de la demanda viene a cerrar la litis sobre la cual habrá de versar el procedimiento, cuyos hechos habrán de constituir la materia de la prueba y en relación a los cuales se habrá de pronunciar el juzgador, razón por la que cualquier manifestación posterior de las partes, sea actora o demandada, no

⁵³ Chavero Montes, Rosalio. Nuevo Proceso Mercantil. 2ª ed. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. México, 1999, p. 217.

*tendrá ninguna eficacia jurídica, salvo el caso de las excepciones supervenientes.*⁵⁴

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en relación con los diversos 1061, 1378 y 1379, del Código de Comercio de aplicación supletoria a la legislación citada en primer término, la litis en los juicios que tengan por objeto el pago de las cantidades garantizadas mediante póliza de fianza, se conforma con la demanda y contestación a ésta, por lo que la materia de la controversia se integra con la acción y excepciones y defensas, así como con los hechos narrados en la demanda y la contestación a éstos efectuada por la demandada; situación que en el presente caso, **se insiste, deja en estado de indefensión al beneficiario, pues la afianzadora puede alegar en su contestación motivos diversos a los que emitió en el dictamen para determinar la improcedencia parcial o total de la fianza**, y no obstante que tiene un derecho de réplica, como se señaló en párrafos precedentes, los alegatos que pudiera formular en la misma no forman parte de la litis.

Bajo esa óptica es dable pensar, que si la afianzadora reconoció el incumplimiento del fiado en el dictamen que formuló ante la reclamación y la procedencia parcial de la misma, la cual reviste una confesión expresa de la institución garante, dicha circunstancia resulta intrascendente, ya que en la instancia jurisdiccional le es permitido alegar todo tipo de defensas, hasta diversas a las expuestas en su dictamen, especialmente aquellas que la liberen de la obligación, lo que resulta totalmente incongruente, pues no obstante que en un acto anterior reconoció la procedencia de la misma, en el sumario especial mercantil correspondiente, trata de desvirtuar dicha procedencia, lo que atenta contra el principio de pronta y expedita impartición de justicia, pues obliga al beneficiario a agotar un procedimiento que a ningún fin práctico lo conduce, ya

⁵⁴ Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS 2003. Op. cit., Registro 239,627.

que no puede exigir ante los tribunales competentes el pago de la obligación garantizada en la póliza, si no ha agotado dicho procedimiento de reclamación, y lo más grave es que una vez que ha agotado el mismo, éste no tiene ninguna trascendencia en proceso especial.

IV.5.SUPLETORIEDAD EN EL JUICIO ESPECIAL DE FIANZAS

Una vez emplazado el demandado, se concederá un término ordinario de diez días de prueba, para ofrecer y desahogar pruebas.

Ahora bien, existen dos tipos de supletoriedad contempladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

- A) La sustantiva contenida en su artículo 113, el cual establece que en lo previsto por la misma se aplicará la legislación mercantil y a falta de disposición expresa en ésta, el Código Civil Federal; y

- B) La procesal, prevista en la fracción VI del artículo 94, misma que dispone que el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en dicho numeral, y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen esos ordenamientos.

En éste caso, dada la naturaleza de la vía en estudio, lo que atañe analizar es la supletoriedad descrita.

La palabra supletorio deriva del vocablo latino *supletorium*, el cual significa lo que suple una falta, y suplir tiene su origen en el vocablo latino *supplere* que significa cumplir o integrar una cosa, o remediar su carencia.⁵⁵

En relación con la supletoriedad en la legislación, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, mediante jurisprudencia I.3o.A. J/19, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, perteneciente a la Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, visible en la página 374, del rubro: "*SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE APLICA.*"⁵⁶, ha sostenido que ésta sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes.

Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones.

Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones.

La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación la establece.

De esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general.

⁵⁵ Arellano García, Carlos. Op. cit., p. 15.

⁵⁶ Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS 2003. Op. cit., Registro 199547.

El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida.

Por otra parte, han señalado que los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son:

a) Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio;

b) Que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate;

c) Que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y

d) Que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

Lo anterior, es consultable en la tesis IV.2o.8 K, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a la Novena Época, Tomo III, Abril de

1996, localizable en la página 480, del rubro: "*SUPLETORIEDAD DE UNA LEY A OTRA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.*"⁵⁷

Ahora bien, debe decirse que de la iniciativa de reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el tres de enero de mil novecientos noventa y siete, la cual reformó entre otras disposiciones, la contenida en la fracción VI del artículo 94 de la ley en estudio, no se desprenden las razones, causas o motivos que tuvo el Ejecutivo Federal, pues fue iniciativa de éste, para reformar la fracción analizada, la cual contemplaba anteriormente únicamente al Código Federal de Procedimientos Civiles como supletorio, desde la publicación de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta, motivo por el cual, al ser omisos tanto el legislador como el Ejecutivo Federal, en explicar el porque de dicha reforma, se puede concluir que su principal razón fue que tratándose de una institución jurídica mercantil, las reglas que debían suplir la deficiencias de la vía en la legislación especial, debían ser en primer término las previstas en el Código de Comercio, dada la mercantilidad de la fianza, y posteriormente las del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, ningún motivo es suficiente para explicar por qué el legislador dispuso que le sean aplicables al juicio todas las instituciones procesales que ambos ordenamientos prevén, ya que si bien es cierto que desde la vigencia de dicha ley, le fueron aplicables todas las instituciones procesales contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, dada la brevísima regulación de la vía especial de fianzas, ello no justifica el que le sean aplicables todas las instituciones procesales de ambos ordenamientos, pues lejos de dar coherencia al sistema jurídico, lo único que hace es crear una incertidumbre jurídica, ya que no se tiene certeza sobre la aplicación de las instituciones jurídicas, pues en la

⁵⁷ *Ibidem.*, Registro 202,796.

mayoría de los casos, las instituciones contempladas en ambos ordenamientos difieren en plazos, requisitos, por ejemplo:

Las figuras procesales "dar vista" y "correr traslado", dichas instituciones se encuentran contempladas en los artículos 1067 primer párrafo del Código de Comercio y 66 segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Civiles, de la misma forma establecen que el significado de dichas frases es por un lado que los autos quedan a disposición de las partes para su consulta y por otro que en su caso se deben entregar copias, esto es, por lo primero, se debe entender que la promoción o diligencia de que se trate, conste en los autos del juicio para que de ella se enteren las partes; por lo segundo (correr traslado), se significa la obligación de entregar, por el conducto legalmente apropiado, copia de la promoción a la contraria para que la conozca y responda, si así conviene a su interés de parte procesal.

Sin embargo, si bien es cierto que ambas legislaciones le dan la misma significación, también lo es que la sanción establecida para la falta de acompañamiento del traslado, es diversa en ambas legislaciones, pues mientras el Código de Comercio no contempla sanción alguna, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 276, fracción II, segundo párrafo, sanciona dicha omisión procesal con no dar entrada a la promoción si no se acompaña la copia respectiva.

Luego, si en el hipotético caso, el juzgador ante la deficiencia del Código de Comercio en regular la falta de traslado, acude en forma supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles, y determina aplicar el citado artículo 276, y no dar entrada a la promoción por falta de traslado, es inconcuso que aunque el promovente haga valer como agravios, en la instancia correspondiente, que no existía sanción alguna en el Código de Comercio para el caso de que no se acompañaran las copias de traslado, por lo que, no se podía aplicar

supletoriamente la fracción II del artículo 276 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que dicha sanción no se encuentra prevista en el Código de Comercio, debe decirse, que al no existir disposición alguna al respecto en la legislación mercantil y resultar aplicables todas las instituciones jurídicas previstas por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en términos del artículo 94, fracción VI de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es correcta la aplicación de éste último, el cual sanciona la falta de exhibición del traslado correspondiente.

Con el ejemplo expuesto, se determina que conforme a las reglas, fines y principios de la supletoriedad, consistentes en dar una coherencia al sistema jurídico, certeza en las instituciones que se invocan, etcétera, la fracción VI del artículo 94 de la ley de la materia, realiza todo lo opuesto, pues crea una incertidumbre jurídica al permitir que le sean aplicables todas las instituciones procesales contenidas en los dos ordenamientos supletorios, motivo por el cual se propone una reforma a dicha fracción, encaminada a seguir las reglas establecidas sobre supletoriedad, tema que se abordará en el siguiente capítulo.

IV. 6. INTERESES A QUE SE HACE ACREEDORA LA INSTITUCIÓN AFIANZADORA

Una vez concluido el proceso especial de fianzas y dictada, en su caso, sentencia condenatoria, la institución afianzadora deberá pagar al beneficiario una indemnización por mora e intereses en términos del artículo 95 bis de la ley de la materia.

Debe decirse, con mayor propiedad que no se trata de una indemnización por mora, sino simplemente es la actualización de la suma garantizada, esto es, dicha cantidad se verá incrementada en la misma proporción en relación con la depreciación de la moneda, cierto grado y plazo, o cuando se devalúe frente a

cierta divisa extranjera. En el caso de las fianzas el legislador estableció dos supuestos:

1) Cuando las obligaciones sean en moneda nacional se convertirán a unidades de inversión, al valor de éstas en la fecha del vencimiento en que tenían que haber sido cubiertas y su pago se hará en moneda nacional, al valor que las unidades de inversión tengan a la fecha en que se efectúe el mismo.

En éste caso, la actualización se verifica en unidades de inversión (UDIS), dichas unidades, ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. III/2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, perteneciente a la Novena Época, Tomo: XIII, Marzo de 2001, visible en la página 114, del rubro: *"UNIDADES DE INVERSIÓN (UDIS). SON UNIDAD DE CUENTA Y NO UNIDAD MONETARIA."*⁵⁸; que son unidades de cuenta y no unidades monetarias.

Explica que el Congreso de la Unión, mediante el decreto por el que se establecieron las obligaciones que podían denominarse en unidades de inversión y reformó y adicionó diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, creó la figura jurídica denominada "unidad de inversión"; de contratación potestativa, exclusivamente para actos jurídicos, financieros y mercantiles, cuya finalidad es indexar o actualizar el monto de la obligación de pago en moneda nacional, al ritmo de la inflación.

Asimismo, señala que de conformidad con lo previsto en la exposición de motivos del decreto en mención, la unidad de inversión o "Udi" fue creada para alcanzar la estabilidad y lograr la recuperación económica, mediante la promoción

⁵⁸ *Ibidem*. Registro 190,057.

del ahorro y el establecimiento de los mecanismos que permitan la rehabilitación financiera de las empresas productivas, así como de las personas deudoras del sistema bancario del país, por lo que señala que de ahí que en las operaciones celebradas por intermediarios financieros y en general en las transacciones comerciales, las obligaciones pactadas que así lo establecieran, se denominarían unidades de cuenta de valor real constante, a la que se llamaría de manera abreviada unidad de inversión o "Udi"; ésta tendría un valor en moneda nacional que el Banco de México calcularía y daría a conocer por cada día mediante el Diario Oficial de la Federación.

De tal manera que, en la fecha de su establecimiento, dicho valor sería de un nuevo peso y posteriormente se iría ajustando en forma proporcional a la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor.

Es por ello, que la unidad de inversión (Udi) es una unidad de cuenta y no una unidad monetaria.

Por otra parte, las instituciones de fianzas deberán pagar un interés moratorio sobre la obligación ya Udisada, cuya tasa será igual al resultado de multiplicar por 1.25 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en Unidades de Inversión de las instituciones de banca múltiple del país, publicado por el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente a cada uno de los meses en que exista mora;

2) El segundo supuesto que se contempla, es cuando la obligación asumida en la póliza de fianza es en moneda extranjera, pues en éste caso, lo único contemplado por el legislador, es el pago de los intereses moratorios, lo cuales se calculan aplicando al monto de la propia obligación, el porcentaje que resulte de multiplicar por 1.25 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en dólares de los Estados Unidos de América, de las instituciones de banca múltiple

del país, publicado por el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente a cada uno de los meses en que exista mora.

Asimismo, el legislador en el artículo 95 Bis, fracción III, previó que en caso de que no se publiquen las tasas de referencia para el cálculo del interés moratorio, el mismo se computará multiplicando por 1.25 la tasa que las sustituya, conforme a las disposiciones aplicables.

Por otra parte, la ley de la materia en el artículo 95 Bis, fracción IV, establece que los intereses moratorios se generarán por día, a partir de la fecha del vencimiento de los plazos de pago y hasta el día inmediato anterior a aquel en que se efectúe el pago. Para su cálculo, las tasas de referencia deberán dividirse entre trescientos sesenta y cinco y multiplicar el resultado por el número de días correspondientes a los meses en los que persista el incumplimiento.

Agrega la ley de referencia en el artículo 95 Bis, fracción V, que las indemnizaciones en cita surgirán por el sólo incumplimiento de la obligación de la afianzadora dentro de los plazos previstos, aunque la obligación asumida en la póliza de fianza no sea líquida en ese momento;

Las indemnizaciones establecidas por el referido numeral 95 Bis, pueden ser convenidas por las partes en una revisión total o parcial de las mismas, siempre y cuando no se trate de:

- a) Las derivadas del estado civil o alimentos;
- b) Las derivadas de sucesiones en las que estén involucrados derechos a favor de menores;
- c) Las de carácter fiscal federal, local o municipal;

d) Las que tengan como beneficiario a autoridades o entidades de las administraciones públicas, federal, locales o municipales; y

e) Las de carácter civil que tengan como beneficiario a personas físicas o morales que no se dediquen a actividades empresariales;

Finalmente, señala el artículo 95 Bis de la ley de la materia: Que aunque la parte actora no haya reclamado tales prestaciones en el proceso respectivo, el juez o árbitro, de oficio deberá condenar a la afianzadora a que también cubra las mismas.

Hay que reiterar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no toma en consideración, en la jurisprudencia 2a./J. 90/2000, lo dispuesto en la fracción VIII del numeral 95 bis, el cual excluye de manera expresa las fianzas otorgadas para garantizar créditos fiscales, y remite al Código Fiscal de la Federación; interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que según ésta, el fisco federal puede incluirlos en el requerimiento respectivo o hacerlo independientemente, según sea el caso, dado que éstos se generan por disposición expresa de la ley, ya que son un derecho irrenunciable a favor del acreedor.

Por otra parte, si la institución de fianzas, dentro de los plazos o términos legales, no efectúa el pago de las indemnizaciones a que estuviere obligada, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le impondrá una multa de quinientos a diez mil días de salario, según lo prevé el artículo 95 Bis, fracción IX, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Finalmente, señalaremos que el citado artículo 95 Bis, fracción X, de la ley de referencia indica que las instituciones de fianzas pueden promover ante los fiados y demás obligados, el reembolso de las indemnizaciones que hubiesen cubierto. Dicha circunstancia es cuestionable, pues quien tiene la responsabilidad

de determinar la procedencia del pago es la afianzadora, no el fiado u obligados, pues en caso de que éstos le hayan exteriorizado la procedencia de la reclamación y ésta no hubiere hecho el pago, es evidente que se trata de su responsabilidad, en la que no interviene el obligado, por lo que no debería de exigirse a los fiados tal reembolso.

IV. 7. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA ANTE LA COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

A diferencia de la mayoría de los procedimientos, en la vía especial de fianzas, las sentencias que han causado estado, se ejecutan exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, esto es, el juzgador únicamente girara el oficio respectivo a dicha Comisión solicitando la ejecución de la cantidad condenada, la cual deberá observar las reglas previstas en los incisos a) y b) de la fracción V del artículo 94 de la ley de la materia, consistentes en:

- 1) Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla.

Si transcurridos tres días hábiles siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio; y

- 2) Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros determinará los bienes de la institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo. La misma Comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes.

IV.8. VÍA EJECUTIVA MERCANTIL O PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN

Una vez que la afianzadora ha realizado el pago de lo condenado, puede proceder en la vía ejecutiva mercantil para recuperar del fiado lo que pago por él. Es importante destacar, que dicha vía es procedente ya sea por que la institución afianzadora determinó la procedencia de la reclamación o por que fue condenada en juicio.

El artículo 96 de la ley en cita, establece que los requisitos que se deben de reunir para la procedencia de la vía mercantil son:

- 1) Que el documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, debe ir acompañado de una copia simple de la póliza; y

- 2) De la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario.

La Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha establecido en que dicho numeral, no viola la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 de la Constitución, ya que en el texto del citado artículo 96 se

establecen de manera ordenada los supuestos y condiciones necesarios para que se actualicen las hipótesis en él contenidas y se señalan los alcances de las certificaciones de referencia, previendo la forma de controvertir su legalidad.

Por otra parte, el artículo 124 de la referida ley, establece que en caso de fianzas garantizadas mediante hipoteca, fideicomiso sobre inmuebles o la afectación en garantía de bienes inmuebles prevista en el artículo 31 de la misma, las instituciones de fianzas podrán proceder a su elección para el cobro de las cantidades que hayan pagado por esas fianzas y sus accesorios: a) en la vía ejecutiva mercantil; b) en la vía hipotecaria; y haciendo vender los muebles bajo las siguientes reglas:

a).- La institución de fianzas solicitará, bajo su más estricta responsabilidad, a un corredor público o a la institución fiduciaria, que proceda a la venta de los bienes de que se trate, previo avalúo practicado por institución de crédito, o tomando como referencia el valor convencional fijado de común acuerdo por las partes, lo que resulte mayor. El avalúo no deberá tener una antigüedad mayor de tres meses.

b).- Se notificará al propietario de los bienes, el inicio de este procedimiento por medio de carta certificada con acuse de recibo, a través de un notario o corredor público o en vía de jurisdicción voluntaria.

c).- El propietario podrá oponerse a la venta de sus bienes acudiendo, dentro del término de cinco días hábiles después de la notificación, ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados, o al juez competente del domicilio de la institución de fianzas, haciendo valer las excepciones que tuviere.

d).- Del escrito de oposición, se dará traslado por tres días a la institución de fianzas y al fiduciario, únicamente para que se suspenda la venta de los bienes.

e).- Si se promoviera alguna prueba, el término no podrá pasar de diez días para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de las mismas.

f).- El juez citará en seguida a una junta, que se celebrará dentro de los tres días para oír los alegatos de las partes y dentro de los cinco días siguientes, pronunciará una resolución, la cual podrá ser apelada sólo en efecto devolutivo.

g).- Si se declara infundada la oposición, se notificará a la institución fiadora y al fiduciario para proceder desde luego a la venta de los bienes, independientemente de que el deudor sea condenado al pago de gastos y costas.

h).- Se adjudicará el bien al comprador que mejores condiciones ofrezca, mediante la escritura pública correspondiente que firmará el deudor y si se negare, la institución de fianzas o el fiduciario podrán solicitar que lo haga el juez.

i).- En caso de no encontrarse comprador, el corredor o el fiduciario, formularán una convocatoria que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, o en alguno de los periódicos de mayor circulación donde se encuentren ubicados los bienes, para que dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria, en pública subasta se venda el inmueble al mejor de los postores, sirviendo de precio base el señalado en el inciso a), con un descuento del 20%. De ser necesario, con el mismo procedimiento se llevarán a cabo las convocatorias siguientes con el descuento mencionado sobre el precio base señalado.

j).- A falta de postores, la institución de fianzas tendrá la facultad de adjudicarse el inmueble de que se trate, a un precio igual del que sirvió de base en cada almoneda.

k).- El producto de la venta será entregado a la institución de fianzas y, en su caso, a la fiduciaria, para que se aplique en la cantidad necesaria a recuperar lo

pagado por la afianzadora, los accesorios del caso, los gastos y costas respectivos, así como las primas que estuvieren pendientes de pago, todo ello con base en los términos de la contratación con el deudor hipotecario o con el fideicomitente, según sea el caso. De existir algún remanente, se pondrá a disposición de este último y, en su caso, se hará la consignación respectiva, acompañando la documentación relativa a las aplicaciones a que se refiere este inciso.

l).- Para lo que no se encuentre previsto en las presentes reglas, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, en la inteligencia de que en todo momento la institución de fianzas estará obligada a respetar los derechos de los acreedores preferentes.

Para concluir el presente capítulo, señalaré que, en términos del artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las instituciones de fianzas tienen acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, para solicitar el secuestro precautorio de bienes, antes de que éstos paguen, en los casos a que se refiere el artículo 97 del propio ordenamiento, es decir, cuando a las afianzadoras les haya sido requerido, judicial o extrajudicialmente, el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada, cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente, cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto de su solvencia, y en los demás casos previstos por la legislación mercantil.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que dicho numeral 98 no viola la garantía de previa audiencia, criterio que sustenta mediante tesis P. XVII/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, Marzo de 1998, visible a página 25, del rubro:

"FIANZAS, INSTITUCIONES DE. EL ARTÍCULO 98 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE LES CONFIERE EL DERECHO PARA SOLICITAR EL SECUESTRO PRECAUTORIO DE BIENES, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA."⁵⁹

Lo anterior es así, en virtud de que la garantía de previa audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendidos éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Por lo que, al establecer el artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que éstas gozan del derecho de acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, para solicitar el secuestro precautorio de bienes, antes de que éstos paguen, en los casos a que se refiere el artículo 97 del propio ordenamiento, ello no implica un acto privativo, toda vez que el secuestro que en su caso llegue a decretarse constituye una medida provisional que tiene como finalidad proteger a la institución afianzadora del perjuicio que pueda ocasionarle la posible insolvencia en que se pueden ubicar los obligados, por el menoscabo de sus bienes o por la información falsa que hayan proporcionado respecto de su solvencia, por lo que para la imposición de dicha medida no rige la garantía de previa audiencia.

Con lo expuesto en este capítulo se concluye que lo ideal sería referirse al proceso mercantil en la vía especial de fianzas, para reclamar el cumplimiento de las obligaciones consignadas en una fianza otorgada por instituciones dedicadas a ello, y no al juicio especial de fianzas, ya que el juicio sólo es una etapa del proceso.

⁵⁹ Ibidem., Registro 196,717.

En la vía especial de fianzas, el escrito de demanda se formula en base al dictamen que emitió la afianzadora, ya que lo resuelto por ésta dicho documento, es el motivo de inconformidad por parte del beneficiario, y tratará de demostrar que los motivos expuestos por la afianzadora en el aludido dictamen, para no cumplir o cumplir parcialmente con la obligación garantizada, no se encuentran acorde al acuerdo de voluntades; en tal virtud, la fracción VII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es contrario al procedimiento previsto en el diverso numeral 93 de la citada legislación, pues éste establece de forma clara que la afianzadora deberá de exponer las razones, causas y motivos por los que se niega al pago de la reclamación planteada por la beneficiaria de la fianza; de manera que en la vía especial de fianzas sólo se deberían de examinar la validez de los motivos de esa oposición al pago total o parcial, pero no cualquier otra excepción, sino sólo aquellas que se encuentren vinculadas con los motivos que expuso la afianzadora al contestar la reclamación; pues de lo contrario ningún caso tendría lo dispuesto por el referido artículo 93, ya que la beneficiaria podría acudir directamente a los tribunales a solicitar el pago, sin necesidad de agotar el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 93.

La litis en la vía especial de fianzas, se conforma con la demanda y contestación a ésta, por lo que la materia de la controversia se integra con la acción y excepciones y defensas, así como con los hechos narrados en la demanda y la contestación a éstos; situación que en el presente caso, deja en estado de indefensión al beneficiario, pues la afianzadora puede alegar en su contestación motivos diversos a los que emitió en el dictamen para determinar la improcedencia parcial o total de la fianza.

Se establece que la fracción VI del artículo 94 de la ley de la materia, va contra de las reglas, fines y principios de la supletoriedad, consistentes en dar una coherencia al sistema jurídico, certeza en las instituciones que se invocan, etcétera, ya que crea una incertidumbre jurídica al permitir que le sean aplicables

a la vía especial de fianzas todas las instituciones procesales contenidas en el Código de Comercio y Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria.

Debería señalarse con mayor propiedad que la indemnización por mora, que establece el artículo 95 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no es otra cosa que la actualización de la suma garantizada.

Finalmente, en la vía especial de fianzas, las sentencias que han causado estado, se ejecutan exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

CAPÍTULO V

REFORMAS A LAS FRACCIONES VI Y VIII DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

V.1. LA AFIANZADORA SÓLO PUEDE Oponer como excepciones LAS QUE ESTÉN DIRECTAMENTE VINCULADAS CON EL DICTAMEN QUE EMITIÓ A LA RECLAMACIÓN DE LA FIANZA

En el presente apartado, se propone una reforma a la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto de que las afianzadoras sólo puedan oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la obligación garantizada mediante póliza. Para ello, es necesario recordar los pasos que deben de observar las partes en el procedimiento de reclamación.

El artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, establece un procedimiento especial con el objeto de que los beneficiarios reclamen los derechos y obligaciones que consten en la póliza de fianza respectiva, directamente ante la institución de fianzas, de acuerdo a las siguientes reglas:

1°. El beneficiario requerirá por escrito a la institución el pago de la fianza, acompañando la documentación y los demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

2°. Si la afianzadora considera que es necesaria cierta documentación para determinar la procedencia o improcedencia de la reclamación, solicitará al beneficiario ésta, dentro de un plazo hasta de 15 días naturales, contado a partir

de la fecha en que le fue presentada la reclamación; pues en caso contrario, se tendrá por integrada la reclamación.

3°. Si la afianzadora requiere determinada información, la solicitará al beneficiario con el objeto de integrar la reclamación, éste contará con otro plazo de 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

4°. Integrada la reclamación, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contado a partir de la fecha en que fue integrada para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia.

5° Si el beneficiario no está de acuerdo con la resolución emitida por la afianzadora, podrá hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes o asistir ante la Comisión Nacional de seguros y Fianzas, para que su reclamación se lleve a través del procedimiento conciliatorio.

Por tanto, del procedimiento descrito en líneas que anteceden, se desprende que la afianzadora al emitir la resolución correspondiente a la reclamación de la fianza, podrá llevar a cabo alguna de las siguientes conductas:

a) Si a su juicio procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda; a lo que el beneficiario estará obligado a recibir, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la siguiente fracción.

b) Si la afianzadora determina que es improcedente la reclamación, deberá de expresar por escrito al beneficiario las razones, causas o motivos de esa improcedencia.

Asimismo, se debe de recordar que en el procedimiento de reclamación la afianzadora tiene la obligación de hacer del conocimiento del fiado, la reclamación de la obligación garantizada con póliza y le deberá hacer saber el momento en que se vence el plazo para resolver ésta; por su parte, el fiado está obligado a proporcionar a la institución de fianzas todos los elementos necesarios para determinar la procedencia de la reclamación o bien su improcedencia, incluyendo las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza.

En ese orden de ideas, si ante la determinación de la improcedencia de la reclamación la beneficiaria hace valer sus derechos ante los tribunales, es inconcuso que la controversia se debería fijar a partir de los motivos, causas o razones por las que la afianzadora determinó la improcedencia en cuestión, pues de una interpretación sistemática de las normas a que se han hecho alusión, interpretación que se refiere a que para deducir el significado de una disposición, no se atiende a la misma considerada aisladamente, sino al contexto en el que está situada dentro del sistema jurídico del que forma parte, el cual es considerado como un todo; la finalidad del procedimiento de reclamación, es que la afianzadora determine el pago total o parcial de la fianza, o en su caso la improcedencia del mismo, exponiendo para ello todos los motivos, causa, razones, y las excepciones planteadas por el fiado, que la llevaron a tomar dicha determinación, para lo cual, la afianzadora realizó diversos actos, como requerir documentación al beneficiario, hizo del conocimiento del fiado el requerimiento de pago para que éste proporcionara todos los elementos necesarios para determinar la procedencia del mismo, y en caso de improcedencia, tiene que haber hecho de su conocimiento las excepciones relacionadas con la obligación principal.

Consecuentemente, no existe motivo alguno para que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, permita a la afianzadora exponer diversas defensas al contestar la demanda, ya que se insiste, lo determinado en el dictamen, son las

únicas causas que establecen la improcedencia parcial o total de la fianza, pues en éste se incluyen las excepciones relacionadas con la obligación principal, por lo que al permitir que la afianzadora al contestar la demanda señale diversas defensas, dejaría en un estado de indefensión al actor, ya que, se insiste, son elementos nuevos que éste no conocía al formular su demanda.

Pues de lo contrario, se podría caer en el supuesto de que aunque la afianzadora reconozca el incumplimiento del fiado en el dictamen que formuló ante la reclamación y la procedencia parcial de la misma, la cual reviste una confesión expresa de la afianzadora, esto es intrascendente, ya que en el proceso es permitido que alegue todo tipo de defensas, diversas a las señaladas en su dictamen, especialmente aquellas que la liberen de la obligación, lo que resulta totalmente incongruente, pues no obstante de que en la etapa previa de reclamación reconociera la procedencia de la misma, en la vía especial de fianzas va a tratar de desvirtuar dicha procedencia, lo que atenta contra el principio de pronta y expedita impartición de justicia, ya que obliga al beneficiario a agotar un procedimiento que a ningún fin práctico lo conduce, pues no puede exigir directamente ante los tribunales el pago de la obligación garantizada en la póliza, si no ha agotado el aludido procedimiento de reclamación, y peor aún es el hecho de que una vez que ha agotado el mismo, éste no tiene ninguna trascendencia en el proceso.

Es pertinente mencionar, que el legislador a lo largo de las diversas reformas y adiciones que ha realizado a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a partir de su promulgación en el año de mil novecientos cincuenta, y en especial el procedimiento para hacer exigibles las fianzas, ha expuesto como motivos para la realización de las reformas, la necesidad de la existencia de procedimientos especiales en los que se procurara la simplificación de trámites, por una parte, con la finalidad de que los beneficiarios de las fianzas tengan una vía expedita para hacer valer sus derechos; asimismo que las instituciones de fianzas tengan la

posibilidad de allegarse de todos los elementos necesarios que le permitan resolver en el corto plazo las reclamaciones que les presenten; de igual manera consideró de suma importancia la atención que deben de dar las instituciones afianzadoras a las reclamaciones que les son planteadas por los beneficiarios de las fianzas, considerando que la institución afianzadora se limita a prestar un servicio al constituirse en obligada directa frente al acreedor de la obligación principal que dio origen a la fianza, motivo por el cual precisó que los beneficiarios deberían presentar sus reclamaciones directamente ante las instituciones de fianzas y en caso de inconformarse con la resolución que éstas emitan o si no dan contestación dentro del término legal, a su elección, podrá hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales judiciales competentes.

Lo anterior se puede apreciar de la siguiente relación de reformas y decretos:

1.- Exposición de motivos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas publicada el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta, que en lo conducente señala:

“...Por último se establecen procedimientos especiales, en los que se ha procurado la simplificación de trámites, por una parte, para que los beneficiarios de fianzas tengan una vía expedita para hacer valer sus derechos; por la otra, para que las instituciones puedan recuperar rápida y eficazmente las cantidades que paguen como fiadoras, lo que es indispensable para su correcto funcionamiento...”

2.- Exposición de motivos del decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas,

publicado el catorce de julio de mil novecientos noventa y tres, que en la parte conducente establece:

“...En una etapa convencional se prevé que la institución de fianzas tenga la posibilidad de allegarse de todos los elementos necesarios que le permitan resolver en el corto plazo las reclamaciones que se le presenten. Asimismo, se admite que la institución de fianzas pueda realizar pagos parciales de lo que considere procedente y con la obligación a cargo del beneficiario de recibirlos sin perjuicio de lo que posteriormente haga valer sus derechos por la diferencia de lo reclamado. Sin embargo, en todo momento se cuida que la institución tenga la obligación de pagar intereses al beneficiario cuando no realice sus pagos oportunamente, aún de aquéllos que hubieses sido parciales...”

3.- Exposición de motivos del decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicado el tres de enero de mil novecientos noventa y siete, que en lo que interesa expone:

“...En lo que se refiere al procedimiento para hacer efectivas las pólizas de fianzas, el Ejecutivo a mi cargo considera de suma importancia la atención que se debe dar a las reclamaciones que plantean los usuarios de las mismas en contra de alguna institución, considerando que ésta se limita a prestar un servicio al constituirse en obligada directa frente al acreedor de la obligación principal que dio origen a la fianza, motivo por el cual se precisa que los beneficiarios deberán presentar sus reclamaciones directamente ante las instituciones de fianzas y en caso de inconformarse con la resolución de la afianzadora o si la misma no le da contestación dentro del término legal, a su elección, podrá hacer valer sus derechos ante

la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales judiciales competentes...”

De lo anterior se concluye, que la intención del legislador es el establecimiento de mecanismos que permitan hacer más rápida la exigibilidad de las fianzas mediante un riguroso procedimiento previsto en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones Fianzas, constituyendo éste un requisito previo y necesario que el beneficiario necesita agotar para posteriormente hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales o la autoridad administrativa correspondiente, procedimiento en el que se establecen las bases sobre las cuales se fijará la controversia ante la autoridad jurisdiccional o administrativa, controversia que, en el caso de los órganos de administración de justicia, es sumarásimas de conformidad con el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que, como ya se precisó, el juzgador parte de las bases del procedimiento aludido.

Finalmente, se establece que no es válido alegar que por alguna circunstancia la afianzadora haya olvidado señalar algún motivo de improcedencia en el dictamen, y que por tal motivo se le pueda dejar en estado de indefensión, pues precisamente con dicha propuesta, lo que se pretende es dar la certeza al beneficiario de que la afianzadora sólo va a poder oponer como excepciones los motivos de improcedencia que haya manifestado en el dictamen, esto traducido en una seguridad jurídica ya que la conducta procesal de la afianzadora en la instancia correspondiente se encuentra limitada a su actuar previo al proceso, pues se reitera, es responsabilidad de la afianzadora el análisis de la procedencia de la reclamación.

La seguridad jurídica, se encuentra prevista en distintos ordenamientos; y fue contemplada por el legislador a fin de evitar una incertidumbre en las

consecuencias que generan la falta de observancia de las obligaciones, por ejemplo:

1. En el juicio de garantías, el juzgador debe analizar de oficio las causales de improcedencia en términos del último párrafo del artículo 73 de la Ley de Amparo, por lo que, si la demanda de garantías es extemporánea por un día en su presentación, no obstante que sea manifiesta e indudable la violación de los preceptos constitucionales, éste deberá sobreseerse en términos el numeral en cita, ello a fin de evitar afectar a terceros;
2. Por otra parte, no obstante que el apelante tenga razón en sus agravios, si lo expuesto en los mismos no fue del conocimiento del juez de primera instancia, los mismos serán inatendibles por el tribunal de alzada, ya que son circunstancias que desconocía el juzgador al emitir su resolución; etcétera.

En ese orden de ideas, se propone una reforma a la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto de que las afianzadoras sólo puedan oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la obligación garantizada mediante póliza, fracción cuyo texto vigente es de la literalidad:

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

...

VIII.- Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza”.

Por lo que, con la reforma que se propone, la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas deberá quedar en los siguientes términos:

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

...

VIII.- Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la póliza, y las supervenientes”.

Asimismo, no obstante que con la presente propuesta, consistente en que las afianzadoras sólo pueden oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la obligación garantizada mediante póliza, se pretende dar una mayor seguridad jurídica a los beneficiarios de las fianzas, también lo es el fomentar una cultura de la responsabilidad y del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en los actos que celebran, así como las consecuencias por el incumplimiento de las mismas, como lo sería un dictamen mal emitido por la afianzadora, y dejar a un lado el proteccionismo jurídico hacia éstas, como lo es la actual fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al permitir alegar diversas defensas a las expuestas en éste, con lo que se fomenta más la irresponsabilidad en el sector afianzador, a veces con la intención de sanear sus finanzas.

V.2. ESTRICTA APLICACIÓN DE LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, RESPETANDO LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN SOBRE SUPLETORIEDAD

En este apartado se propone una estricta aplicación supletoria del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, respetando los principios y criterios existentes sobre supletoriedad establecidos, esto es, a las normas procesales de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deberá aplicarse

en forma supletoria el Código de Comercio, y únicamente en la deficiencia de las instituciones jurídicas de éste, entendidas aquellas como un conjunto de normas concatenadas entre sí, debidamente unificadas que ordenan determinadas actividades y que tiene una unidad y un objeto, en este caso procesales, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Con ello lo que se pretende dar a entender, que si al aplicar supletoriamente el Código de Comercio en primer término a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debe atenderse únicamente a dichas instituciones y sólo ante la deficiencia de las mismas, al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por ejemplo, me referiré a la institución jurídica de la presentación de documentos en la vía especial de fianzas, recordando que la institución jurídica:

1. **Es un conjunto de normas concatenadas entre sí;** ello quiere decir que no se trata de una norma sino que pueden ser varias y que tienen una coherencia entre ellas;
2. **Debidamente unificadas;** todas juntas se refieren a una institución jurídica determinada;
3. **Que ordenan determinadas actividades;** cada norma cumple una función en específico; y
4. **Que tiene una unidad y un objeto;** no importa cuantas normas sean, sólo se referirán a una institución jurídica determinada, así como solo abarcarán un objeto y no varios.

En el caso de la presentación de documentos, atendiendo el orden de supletorio de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la institución jurídica se encuentra contemplada en el artículo 1061 del Código de Comercio que establece:

"Artículo 1,061. Al primer escrito se acompañarán precisamente:

I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro;

II. El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona;

III. Los documentos en que el actor funde su acción y aquellos en que el demandado funde sus excepciones. Si se tratare del actor, y carezca de algún documento, deberá acreditar en su demanda haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo, protocolo, dependencia o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Si se tratare del demandado deberá acreditar la solicitud de expedición del documento de que carezca, para lo cual la copia simple sellada por el archivo, protocolo o dependencia, deberá exhibirla con la contestación o dentro de los tres días siguientes al del vencimiento del término para contestar la demanda.

Se entiende que las partes tienen a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista obligación de expedírselos. Si las partes no tuvieran a su disposición o por cualquier otra causa no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, lo declararán al juez, bajo protesta de decir verdad, el motivo por el que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez, ordenará al responsable de la expedición que el documento se expida a costa del interesado, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley.

Salvo disposición legal en contrario o que se trate de pruebas supervenientes, de no cumplirse por las partes con alguno de los requisitos anteriores, no se le recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación como tampoco si en esos escritos no se dejan de identificar las documentales, para el efecto de que oportunamente se exijan por el tribunal y sean recibidas;

IV. Además de lo señalado en la fracción III, con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deban de servir como pruebas de su parte; y, los que presentaren después, con violación de este precepto, no le serán admitidos, salvo que se trate de pruebas supervenientes, y

V. *Copia simple o fotostática siempre que sean legibles a simple vista, tanto del escrito de demanda como de los demás documentos referidos, incluyendo la de los que se exhiban como prueba según los párrafos precedentes para correr traslado a la contraria.*

Lo dispuesto en la fracción anterior, se observará también respecto de los escritos en que se oponga la excepción de compensación o se promueva reconvencción o algún incidente.”

Del precepto transcrito, se desprenden los requisitos que deben cumplir las partes en la presentación de sus documentos, en el caso de la parte actora, ésta debe acompañar a su escrito inicial de demanda los documentos en que funde su acción y que en caso de carecer de ellos, debe acreditar la solicitud que de los mismos hizo a quien los tuviera en su poder, o en su caso declarar bajo protesta de decir verdad, la razón de su imposibilidad para presentarlos; asimismo, debe presentar con su escrito inicial los documentos que obran en su poder y que servirán como pruebas de su parte, ya que los presentados con posterioridad a su demanda, no se tendrán por admitidos, con excepción de los que se refieran a hechos supervenientes.

Se puede advertir que el numeral en cita no es deficiente en su regulación sino todo lo contrario, ya que contempla una diversidad de supuestos para la presentación de documentos en caso de que éstos no se encuentren en poder de la parte actora.

Ahora bien, el Código Federal de Procedimientos Civiles además de los supuestos establecidos en el Código de Comercio, en su numeral 324 establece:

“Artículo 324.- Con la demanda se acompañarán todos los documentos que el actor tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte, y, los que presentare después, con violación de este precepto, no le serán admitidos. Sólo le serán admitidos los documentos que le sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el demandado, los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda y aquellos que, aunque fueren anteriores, bajo protesta de decir verdad, asevere que no tenía conocimiento de ellos...”

En este caso, el Código Federal de Procedimientos Civiles permite la admisión de documentos por parte de la actora después de presentada su demanda, siempre que sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el demandado.

Luego entonces, lo que se pretende es precisamente evitar que las partes bajo el argumento de que son aplicables al procedimiento especial de fianzas todas las instituciones procesales que contemplan ambos ordenamientos supletorios, determinen que norma es la que les conviene aplicar para configurar las instituciones procesales que desean, pues como se advierte del ejemplo a estudio, el Código de Comercio regula ampliamente la institución de presentación de documentos y en que casos procede, sin embargo el Código Federal de Procedimientos Civiles en la misma institución contempla otro supuesto, lo que genera una incertidumbre, ya que parece que la aplicación de las normas va a depender de los intereses de cada parte, desmembrando las normas de ambos ordenamientos para obtener su beneficio, lo que rompe con su unidad.

Además de lo anterior, cabe señalar que una interpretación en ese sentido volvería inoperante el artículo 1401 del Código de Comercio de aplicación supletoria en primer término, ya que éste numeral impone en forma categórica la obligación a las partes de ofrecer sus pruebas, en sus escritos de demanda y contestación, relacionándolas con los puntos controvertidos. Se dice que dicho artículo se vuelve inoperante, pues de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles el actor puede ofrecer documentos en vía de prueba, para controvertir una excepción alegada por el demandado.

Es necesario reiterar que la supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes, ello para dar debida coherencia al sistema jurídico.

Asimismo, se insiste que de la iniciativa de reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el tres de enero de mil novecientos noventa y siete, la cual reformó la disposición contenida en la fracción VI del artículo 94 de la ley a estudio, no se desprenden las razones, causas o motivos que tuvo el Ejecutivo Federal, pues fue iniciativa de éste, para reformar dicha fracción que contemplaba únicamente al Código Federal de Procedimientos Civiles como supletorio, desde los orígenes de la ley de la materia, por lo que se arriba a la idea de que el legislador considerando que se trataba la fianza de una figura mercantil, las reglas que debían suplir la deficiencias del procedimiento especial, debían ser en primer término las previstas en el Código de Comercio, dada la mercantilidad de ésta, y posteriormente las del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sin que ello sea suficiente motivo para tratar de explicar por qué dispuso que le sean aplicables al juicio todas las instituciones procesales que ambos ordenamientos prevén, ya que si bien es cierto que la razón que existió para que le fueran aplicables todas las instituciones procesales contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, desde la vigencia de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, era que ésta contenía una escueta regulación por lo que hace a su procedimiento especial, pero esto no justifica el que le sean aplicables todas las instituciones procesales de ambos ordenamientos, ya que lejos de dar coherencia al sistema jurídico, crea una incertidumbre jurídica, dado que no se tiene certeza sobre la aplicación y los alcances de las instituciones jurídicas contempladas en ambos ordenamientos, pues como quedó acreditado las mismas difieren en muchos aspectos.

Se retoma, el ejemplo de las figuras procesales "dar vista" y "correr traslado", se ha señalado que el significado de dichas frases es por una parte que los autos quedan a disposición de las partes para su consulta y por otra que en su caso se deben entregar copias.

También se expuso, que si bien es cierto que ambos ordenamientos jurídicos le dan el mismo significado, pero que la sanción establecida para la falta de acompañamiento del traslado, es diversa en ambas legislaciones, ya que el Código de Comercio no contempla sanción alguna, pero el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 276, fracción II, segundo párrafo, sanciona dicha omisión procesal con no dar entrada a la promoción si no se acompaña la copia respectiva.

En el ejemplo, se expuso que podía acontecer que el juzgador ante la deficiencia del Código de Comercio en regular la falta de traslado, acude en forma supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles, y determina aplicar el citado artículo 276, y no dar entrada a la promoción por falta de traslado, por lo que, aunque el promovente haga valer como agravios, en la instancia correspondiente, que no existía sanción alguna en el Código de Comercio para el caso de que no se acompañaran las copias de traslado, ya que no se podía aplicar supletoriamente la fracción II del artículo 276 del Código Federal de Procedimientos Civiles, pues ésa sanción no se encontraba prevista en el Código de Comercio, se reitera que al no existir disposición alguna al respecto en la legislación mercantil y resultar aplicables todas las instituciones jurídicas previstas por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en términos de la fracción VI de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es correcto la utilización de éste último, que sanciona la falta de exhibición del traslado correspondiente.

Pero además de todo lo anterior ¿qué recurso sería aplicable si el auto a impugnar por falta de traslado es el relativo al recurso de apelación? Cabe hacer dicha pregunta, ya que si bien es cierto que la fracción IV del aludido artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, limita los medios impugnativos a los previstos en el Código de Comercio, también lo es que éste ordenamiento no contempla la denegada apelación, el cual sí se encuentra previsto en el Código

Federal de Procedimientos Civiles, y que sería el medio idóneo para combatir el auto de no admisión de la promoción.

Con lo expuesto, se afirma que conforme a las reglas, fines y principios de la supletoriedad, los cuales pretenden dar una coherencia al sistema jurídico procesal, certeza en las instituciones que se invocan, etcétera, la fracción VI del artículo 94 de la ley de la materia es contraria a todo ello, ya que provoca incertidumbre jurídica al permitir que le sean aplicables todas las instituciones procesales contenidas en los dos ordenamientos supletorios, motivo por el cual se propone la presente reforma, consistente en una reforma a la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en la que se establezca que a la vía especial de fianzas, deberá aplicarse en forma supletoria el Código de Comercio, y únicamente en la deficiencia de las instituciones jurídicas de éste, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, reforma que se encuentra encaminada a respetar todas y cada una de las reglas establecidas sobre supletoriedad, a fin de poder llevar a cabo un proceso con reglas claras y que no dejen duda sobre la aplicación de las instituciones procesales.

El actual texto de la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece:

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

...
VI.- El Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos”

Con la reforma propuesta, la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas deberá quedar en los siguientes términos:

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

...

VI.- El Código de Comercio es supletorio de las reglas procesales contenidas en este artículo, y es aplicable al juicio todas las instituciones procesales que establece dicho ordenamiento, y sólo en la deficiencia de dichas instituciones será aplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles”

CONCLUSIONES

Primera.- La fianza era utilizada por las civilizaciones más antiguas de la humanidad, pero fue en el derecho Romano, en el que revistió las características propias de ésta, esto es, de garantía y accesorio.

Segunda.- El antecedente de la actividad afianzadora en México, tiene su origen en el Decreto de tres de junio de mil novecientos ochenta y cinco, en el que se autorizó al Ejecutivo Federal para otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a practicar operaciones de caución para el manejo de empleados y funcionarios públicos.

Tercera.- De los ordenamientos jurídicos que regulaban la fianza mercantil, anteriores a la vigente ley, destaca la de 1942, ya que contemplaba los procedimientos que debían seguir los beneficiarios para presentar las reclamaciones contra las instituciones de fianzas, consideraba mercantiles a las operaciones practicadas por las afianzadoras, los ordenamientos jurídicos aplicables supletoriamente eran el Código de Comercio y el Código Civil, y suprimió los beneficios de orden y excusión en las reclamaciones planteadas.

Cuarta.- Los principales órganos del Estado de control y vigilancia del sector afianzador, son 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, los cuales pretenden lograr un equilibrio de las relaciones que surgen entre el sector afianzador éste y sus usuarios, a través de sus respectivas atribuciones.

Quinta.- Es falso que la mercantilidad de los actos se deduzca de los elementos que en ellos incurren, sin que importe su falta de regulación en leyes

mercantiles, en virtud de que su mercantilidad deriva sólo de la calificación que de él haga la ley

Sexta.- No existe en el derecho positivo mexicano la erróneamente denominada fianza de empresa, o que ésta es diversa a la fianza mercantil, ya que ésta es única, independientemente de si es otorgada o no por una institución de fianzas, dado que su mercantilidad deriva sólo de la calificación que de realiza el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Séptima.- La fianza mercantil es el contrato por virtud del cual una institución autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete mediante el pago de una prima, a garantizar las obligaciones contenidas en el texto de la póliza que para tal efecto expida, y aquella que es otorgada por las personas facultadas por la normatividad para tal efecto, siempre y cuando sea en forma accidental, esto es, sin que se haya otorgado por medio de póliza, o se utilicen agentes, o su ofrecimiento se haga en forma pública.

Octava.- Las características de la fianza mercantil son: contrato consensual por una parte y formal por otra; accesorio; oneroso; de garantía personal; aleatorio; de adhesión; nominado y autónomo.

Novena.- Los elementos personales del contrato de fianzas son: la institución de fianzas, el solicitante, fiado y beneficiario; los materiales y formales son: la póliza y la manifestación de la voluntad en forma expresa; los esenciales son: el consentimiento, consistente en el acuerdo de voluntades entre la institución afianzadora y el solicitante o contratante, el objeto será la conducta de la fiadora manifestada como una prestación de dar o de hacer y la existencia de la obligación principal; los de, validez son: la capacidad, la ausencia de vicios y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato; y los reales son la obligación garantizada y la obligación que asume la fiadora.

Décima.- Los procedimientos que existen para hacer exigible el cobro de las obligaciones garantizadas mediante fianza son: 1) Realizar la reclamación ante la propia institución afianzadora, en caso de que ésta niegue la procedencia de la reclamación, se puede acudir a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, para hacer valer sus derechos o ante los tribunales competentes, 2) En caso de que el beneficiario sea un ente gubernamental, puede realizar la reclamación mediante el procedimiento previsto en el artículo 95 de la ley de la materia 3) El establecido para garantizar la libertad de los procesados ante autoridades del orden penal; y 4) Vía incidental en el caso de las fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales que no sean del orden penal, y que se actualicen durante la tramitación del proceso en el que hayan sido exhibidas.

Décima primera.- Nuestro Máximo Tribunal, se excede en su facultad interpretativa al no considerar lo preceptuado por el artículo 2º de la ley de la materia al establecer, mediante jurisprudencia, que la excepción prevista en el artículo 95 de la citada normatividad en relación con las fianzas expedidas a favor de la Federación para garantizar un crédito fiscal a cargo de terceros, obedece a que resultaría jurídicamente inadmisibles que el fisco aceptara garantías de obligaciones fiscales, que llevan aparejadas ejecución (crédito fiscal), para después someterse a un litigio previo dentro del procedimiento ordinario, con lo que desnaturaliza la mercantilidad de la fianza, además de que no es aplicables el término de prescripción establecido en la ley de la materia; y no obstante lo anterior, en forma incongruente, señala que sí son aplicables a este tipo de fianzas los intereses previstos en la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Décima segunda.- Lo ideal sería referirse al proceso mercantil en la vía especial de fianzas, para reclamar el cumplimiento de las obligaciones consignadas en una fianza otorgada por instituciones dedicadas a ello, y no al

juicio especial de fianzas, ya que el juicio sólo es una etapa del proceso, sin embargo, es correcta la denominación juicio ya que el legislador así lo estableció.

Décima tercera.- La litis en la vía especial de fianzas, se conforma con la demanda y contestación a ésta, por lo que la materia de la controversia se integra con la acción y excepciones y defensas.

Décima cuarta.- Dentro de las fracciones que rigen dicho procedimiento, se encuentra la fracción VIII del artículo 94 de la ley de la materia, que permite a las afianzadoras, en su escrito de contestación, establecer motivos diferentes respecto de los cuales determinaron la improcedencia total o parcial de la póliza de fianza, esto es, permite la introducción de cuestiones novedosas desconocidas por el actor al realizar su demanda, circunstancia que lo deja en estado de indefensión, pues éste ya no tiene medio de defensa legal para controvertir las nuevas excepciones alegadas por la afianzadora, ya que formuló su demanda únicamente en base a los motivos y circunstancias que la afianzadora determinó en su dictamen.

Décima quinta.- Por lo anterior, se propone una reforma a la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a efecto de que las afianzadoras sólo puedan oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la obligación garantizada mediante póliza.

Consecuentemente, el texto vigente de la fracción VIII de la artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que dispone:

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

...

VIII.- Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza”.

Con la reforma que se propone, la fracción VIII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deberá quedar en los siguientes términos:

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

...
VIII.- Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer como excepciones las que estén directamente vinculadas con el dictamen que emitieron al resolver sobre la improcedencia parcial o total a la reclamación de la póliza, y las supervenientes”.

Décima sexta.- Por otra parte, se determina que la regla procesal que norma la supletoriedad de dicho proceso, localizada en la diversa fracción VI del artículo 94 de la ley de la materia, la cual dispone que el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en el citado numeral, y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen esos ordenamientos, circunstancia que lejos de dar coherencia al sistema jurídico, crea una incertidumbre jurídica, pues no se tiene certeza sobre la aplicación de las instituciones jurídicas, ya que las instituciones contempladas en ambos ordenamientos difieren en varios aspectos.

Décima séptima.- En virtud de lo anterior, se propone una reforma de la fracción citada con anterioridad, en la que se establezca que a la vía especial de fianzas, deberá aplicarse en forma supletoria el Código de Comercio, y únicamente en la deficiencia de las instituciones procesales de éste, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos, efecto de que se realice una estricta aplicación supletoria del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, respetando los principios y criterios existentes sobre supletoriedad establecidos, esto es, ante la deficiencia de las normas procesales de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deberá aplicarse el Código de

Comercio, y únicamente en la deficiencia de las instituciones jurídicas de éste, entendidas aquellas como un conjunto de normas concatenadas entre sí, debidamente unificadas que ordenan determinadas actividades y que tiene una unidad y un objeto, en este caso procesales, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En tal virtud, el actual texto de la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que dispone:

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

...

VI.- El Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos”

Con la reforma propuesta, la fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas deberá quedar en los siguientes términos:

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

...

VI.- El Código de Comercio es supletorio de las reglas procesales contenidas en este artículo, y es aplicable al juicio todas las instituciones procesales que establece dicho ordenamiento, y sólo en la deficiencia de dichas instituciones será aplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles”

BIBLIOGRAFÍA

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

"DERECHO PROCESAL MEXICANO"

2ª ed. Editorial Porrúa. México, 1986.

ARELLANO GARCÍA, Carlos

"DERECHO PROCESAL CIVIL"

Editorial Porrúa. México, 2001.

ARELLANO GARCÍA, Carlos

"PRÁCTICA FORENSE DE DERECHO MERCANTIL"

15ª ed. Editorial Porrúa. México, 2002.

COUTURE, Eduardo J.

"FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL"

4ª ed. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 2002.

CERVANTES AHUMADA, Raúl

"DERECHO MERCANTIL"

1er Curso. Editorial Porrúa. México, 2000

CHAVERO MONTES, Rosalío

"NUEVO PROCESO MERCANTIL"

2ª ed. Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México, 1999.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús

“TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL, SEGUROS, FIANZAS, ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO, GRUPOS FINANCIEROS”

Tomos I-II. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000.

DE PINA VARA, Rafael

“ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO”

28ª ed. Editorial Porrúa. México, 2002.

DÍAZ BRAVO, Arturo

“CONTRATOS MERCANTILES”

7ª ed. Editorial Oxford. México, 2002

GARRIGUES, Joaquín

“CURSO DE DERECHO MERCANTIL”

T. II. 9ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998

GÓMEZ LARA, Cipriano

“TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”

9ª ed. Editorial Oxford University Press. México, Distrito Federal, 2000.

MANTILLA MOLINA, Roberto

“DERECHO MERCANTIL”

29ª ed. Editorial Porrúa. México, 2002.

ROCCO, Alfredo.

“PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. PARTE GENERAL.”

2ª ed., Ed. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. Guanajuato, México, 1999.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio.

"CONTRATOS BANCARIOS. SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA."

5ª ed., Ed. Legis, Bogotá Colombia, 2002.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín

"CURSO DE DERECHO MERCANTIL"

25ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001

¹ ROSENBERG, Leo.

"TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL."

Tomo I, 5ª ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955.

SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús

"EL CONTRATO DE FIANZA"

Editorial Porrúa. México, 2001.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón

"DE LOS CONTRATOS CIVILES"

17ª ed. Editorial Porrúa. México, 1999.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo

"LOS CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES"

Editorial Mc Graw Hill. México, 1996.

URÍA, Rodrigo

"DERECHO MERCANTIL"

24ª ed. Marcial pons ediciones jurídicas, S.A.

Madrid, España, 1997.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar

“CONTRATOS MERCANTILES”

11ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel

“CONTRATO CIVILES”

8ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA

Real Academia de la Lengua Española

Madrid, España, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Nacional Autónoma de México.

México, 1998.

PALLARES, Eduardo

“DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL”

26ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001.

LEGISLACIONES

“CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL”

Editorial Porrúa. México, 1991.

“LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS”

Editorial Sista. México, 2004.

“LEY DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS”

Editorial Sista. México, 2004.

“LEY DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS”

Editorial Sista. México, 2004.

“CÓDIGO DE COMERCIO”

23ª ed. Ediciones Fiscales Isef. México, 2004.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

“COMPILA IX LEGISLACIÓN FEDERAL Y DEL DISTRITO FEDERAL”

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004.

“JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS IUS 2003. JUNIO 1917 – DICIEMBRE 2003”

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

Página de Internet de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
www.shcp.gob.mx