

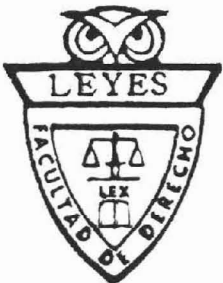


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

ESTUDIO DEL MARCO JURIDICO DE LA FIANZA OTORGADA A FAVOR DEL GOBIERNO FEDERAL EN MATERIA DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS.

T E S I S QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA: MARIA DE LOURDES CONTRERAS BEST



ASESOR: LICENCIADO GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS

MEXICO, DISTRITO FEDERAL.



2005

m. 347089



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

La alumna: **MARIA DE LOURDES CONTRERAS BEST**, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "ESTUDIO DEL MARCO JURIDICO DE LA FIANZA OTORGADA A FAVOR DEL GOBIERNO FEDERAL EN MATERIA DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS", con la asesoría del LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 30 de mayo del año 2005.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c. c. p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c. c. p. Archivo Seminario.
c. c. p. Alumno.
AFMP/rga.

Recibi original y copia
22/ junio/05
[Firma]

A DIOS.

A MIS PADRES:
Con todo mi amor y agradecimiento eterno.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS:
Por su constante ejemplo y cariño.

A MIS ABUELITOS:
Por su inmenso amor.

A MIS SOBRINOS:
Mario, Marian y Eugenia.

A MANUEL:
Con todo amor.

A MIS TIOS:
En especial Carlos por el apoyo brindado.

AL LICENCIADO GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS:
Por su apoyo y colaboración para la realización de este trabajo.

A MIS AMIGOS.

LA FACULTAD DE DERECHO Y MIS MAESTROS.

ÍNDICE.

Página.

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO PRIMERO.	4
I. Necesidad del gobierno federal para solicitar garantías.	4
II. Teoría general de las obligaciones.	5
1. Elementos de la obligación.	6
A. Elemento subjetivo.	6
B. Elemento objetivo.	7
C. Relación jurídica.	7
2. Fuentes de las obligaciones.	8
3. El contrato.	8
4. Los contratos de garantía.	10
III. La fianza.	11
1. Concepto.	12
2. Clasificación.	13
3. Elementos.	14
A. Elementos personales.	14
B. Elementos de existencia.	14
C. Elementos de validez.	15
4. Clases de fianzas.	16
IV. Breves Antecedentes de la fianza.	19
II. CAPÍTULO SEGUNDO.	22
I. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.	22
II. Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.	34
III. Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.	35
IV. Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.	36
V. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.	36
VI. Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.	37
VII. Políticas, bases y lineamientos.	37
III. CAPITULO TERCERO.	44
I. Garantía de cumplimiento.	48
II. Garantía de anticipo.	53
III. Garantía de buena calidad y/o vicios ocultos.	55
VI. Modificaciones y convenios.	57
V. Excepciones.	59
VI. Otras.	60
IV. CAPITULO CUARTO.	62
I. Concepto de administración.	62
II. Artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la federación.	63
1. Calificar la garantía.	64
2. Aceptar la garantía.	64
3. Registrar y controlar la garantía.	65
4. Guarda y custodia de la garantía.	66
5. Sustitución de la garantía.	66
6. Cancelación y devolución.	66
7. Hacer efectiva la garantía.	67
V. CAPITULO QUINTO.	70
I. Imprudencia.	70
1. Caducidad y prescripción.	70

	Página.
A. Caducidad.	70
B. Prescripción.	74
2. Novación.	79
3. Otras.	80
4. Fundamentación y motivación.	82
II. Reclamación o requerimiento de pago.	84
1. La póliza de fianza.	85
2. Obligación principal válida.	86
3. Incumplimiento de la obligación.	87
4. Procedimiento.	88
III. Requisitos para el requerimiento de pago.	100
A. Circular F.10.1.4.	100
B. Artículos 142,143 y 147 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.	101
CONCLUSIONES.	104
BIBLIOGRAFÍA.	106
ANEXO1	110

	Página.
A. Caducidad.	70
B. Prescripción.	74
2. Novación.	79
3. Otras.	80
4. Fundamentación y motivación.	82
II. Reclamación o requerimiento de pago.	84
1. La póliza de fianza.	85
2. Obligación principal válida.	86
3. Incumplimiento de la obligación.	87
4. Procedimiento.	88
III. Requisitos para el requerimiento de pago.	100
A. Circular F.10.1.4.	100
B. Artículos 142, 143 y 147 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.	101
CONCLUSIONES.	104
BIBLIOGRAFÍA.	106
ANEXO1	110

INTRODUCCIÓN.

Es ampliamente conocido el precepto jurídico "el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento a persona alguna" y en la relación jurídica entre proveedores y prestadores de servicios con el Gobierno Federal se enmarcan un sin número de leyes, reglamentos, normatividades que obliga a los servidores públicos a su cumplimiento.

Los servidores públicos solo pueden hacer lo que esta expresamente permitido en las leyes, sin embargo el como hacerlo se consigna en manuales de procedimientos, en la capacitación o instrucción que la entidad para la que laboran les proporcione.

En los contratos que suscribe el Gobierno Federal en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios se atiende a lo dispuesto principalmente en la ley de la materia y es en ésta y en su reglamento respectivo en donde se condiciona a que los contratos sólo se perfeccionan cumpliendo entre otras exigencias, el que las obligaciones a cargo de los proveedores y prestadores de servicios sean garantizadas.

El espíritu de los legisladores en la elaboración de las leyes y reglamentos, por lo que a garantías se refiere, es precisamente el de que en caso de incumplimiento se requiera de pago a los proveedores y prestadores de servicios por los daños causados, por sus faltas y en la eventualidad de no hacerlo, exigir la efectividad de la garantía en forma efectiva y expedita en su calidad de autoridad ejecutora, para así poder continuar con su misión.

Sin embargo la Tesorería de la Federación en el momento de querer hacer efectiva la garantía, muchas veces se enfrenta con el problema de no contar con los elementos suficientes para formular una resolución debidamente fundada y motivada, en razón de que las dependencias incurren en diversos errores u omisiones al levantar las actas de incumplimiento o de rescisión de contrato, así como en la elaboración de los acuerdos relacionados con la efectividad de las garantías, muchas veces ocasionado por el desconocimiento del marco jurídico que la regula y por la mala administración que se da de la misma, de conformidad con el artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, que en consecuencia provoca que el beneficiario se vea en la necesidad de promover un juicio que en la mayoría de las veces resulta en un proceso largo, costoso y en la mayoría de las veces inútil.

Por los comentarios antes expuestos surge el interés por realizar un estudio del marco jurídico que enmarca a la forma de garantizar las obligaciones contraídas entre los proveedores y prestadores de servicios y el Gobierno Federal, en particular la fianza al ser ésta el medio más utilizado para garantizar las obligaciones que son contraídas por los anteriores. Si bien el reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación en su artículo 137 enuncia las diferentes formas en que se pueden garantizar las obligaciones a favor del Gobierno Federal, el artículo 71 del Reglamento de la ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal señala el uso de la Fianza como medio de garantía.

En uso de las facultades que la ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público confiere a los diferentes comités de adquisiciones de las diversas dependencias del Gobierno Federal para elaborar las políticas, bases y lineamientos que regularán los procesos de contratación y dentro de éstos el de elegir la manera de garantizar los mismos, en el mayor de las casos, la garantía seleccionada es la fianza. En el 98% de los casos aproximadamente, tanto en número de veces como en importes garantizados, la fianza es el medio elegido por ser el que representa un mayor respaldo y protección de los contratos celebrados, motivo por el cuál es el objeto de este estudio.

En esta tesis, dentro del primer capítulo, se observa todo lo referente acerca de la fianza como contrato accesorio y como garantía.

El segundo capítulo se enfoca a la normatividad que deben conocer tanto los servidores públicos como los proveedores y prestadores de servicios del Gobierno Federal previos a la contratación, destacando formas, bases y porcentajes y la correcta aplicación de las políticas bases y lineamientos de los dependencias contratantes.

En el tercer capítulo se analizan los diferentes tipos de fianza que se aplican a los contratos celebrados entre el Gobierno Federal y los proveedores y prestadores de servicios, observando los requisitos que le son aplicables, porcentajes y consideraciones especiales a los mismos.

El cuarto capítulo trata todo lo relativo al artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación para administrar la garantía fianza; calificar, aceptar, registrar y controlar, guardar y custodiar, sustituir, cancelar y devolver la misma puesto que de no cumplir con todas y

cada una de las acciones referidas provoca que sea realmente difícil el hacer efectiva la fianza, llegado el momento.

En el quinto y último capítulo se hace referencia a los artículos relacionados con el requerimiento de pago para poder hacer efectiva la fianza conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, su reglamento, así como las disposiciones de los artículos 142, 143 y 147 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación y lo publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de Noviembre de 1999.

Finalmente establezco las conclusiones que se obtuvieron con la realización de este trabajo.

CAPITULO PRIMERO.

GENERALIDADES.

I. Necesidad del gobierno federal para solicitar garantías.

El gasto que realiza el gobierno federal representa una parte muy importante en la actividad económica del país, por su volumen de compra, contratación de servicios y realización de obras. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 134 establece la obligación de contratar las adquisiciones, arrendamientos y servicios, obras públicas y servicios relacionadas con dichas obras en las mejores condiciones para el Estado, aspecto fundamental que debe cuidarse en el ejercicio público y en las áreas contratantes del gobierno federal.

Tomando en cuenta la importancia de la eficacia, eficiencia, imparcialidad y honestidad que debe prevalecer en las contrataciones a fin de contar con mayores opciones de inversión en obras necesarias para el desarrollo del país la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público y el ordenamiento de obras públicas y servicios relacionados con las mismas establecen los procedimientos que deben observarse en las contrataciones.

Estas leyes, prevén el incumplimiento de las obligaciones a cargo de contratistas y proveedores del gobierno federal, en búsqueda de la protección del patrimonio de las entidades mediante la requisición obligatoria de garantías que subsanen las contingencias que pudiesen presentarse así como sus posibles consecuencias.

En esta tesitura, cuando el gobierno busca la colaboración voluntaria de los particulares para hacer más eficiente la administración pública celebra con ellos contratos administrativos y para su cumplimiento exige al particular la más amplia garantía sobre todo en el contrato de obra pública y en el contrato de arrendamiento, adquisiciones y servicios. Ello, porque en este tipo de contratos no sólo se trata de garantizar el exacto y fiel cumplimiento del mismo, sino también la conservación de las obras y los anticipos que reciben los contratistas. Dentro de este sistema de contratación la garantía más idónea y utilizada es la fianza, que es el objeto de estudio del presente trabajo.

II. Teoría general de las obligaciones.

El contrato de fianza de acuerdo con el Código Civil Federal en su artículo 2794, señala que es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Derivado de lo anterior y a sabiendas que esta figura es un contrato será cuestión ineludible para el presente estudio referimos a la **teoría general de las obligaciones**, siendo la fianza una obligación derivada de un contrato de garantía para así poder comprender cada uno de sus aspectos jurídicos básicos.

La palabra obligación, del latín *obligatio*, es la imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre.

El concepto de obligación proviene del derecho romano en el cuál el deudor se encontraba atado por el vínculo jurídico, al grado de que en caso de que incumpliera se llegaba a considerar como criminal por lo que era castigado con una crueldad inconcebible¹.

Las definiciones de éste término son muy antiguas, ejemplo de ello es la definición que se encuentra en la Instituta de Justiniano, según la cuál la obligación *"es un vinculo de derecho, por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad"*².

De igual manera existen un sinnúmero de definiciones de la palabra obligación; a continuación expondré solo algunas de ellas para mayor entendimiento del tema ya que en mi opinión todos los conceptos versan con mayores o menores diferencias sobre lo mismo, pero siempre manteniendo la esencia conceptual.

El maestro Messineo señala que *"por obligación o relación obligatoria, debe entenderse, en efecto, una relación entre dos sujetos (al menos), en virtud de la cual uno de ellos (deudor: llamado a veces "prominente") queda "obligado"; esto es, sometido a un deber o "comprometido" frente al otro (acreedor: llamado, a veces, "estipulante") a cumplir una prestación, o sea, a*

¹ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 5ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., 1985, p. 2.

² Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 18ª ed., Editorial Porrúa S.A de C.V., 2001, p 69.

*desarrollar una actividad determinada (comportamiento) patrimonialmente valorable; y se atribuye al acreedor un correspondiente poder, que consiste en la pretensión a la prestación*³.

El maestro Aubry y Rau definen a la obligación como *"la necesidad jurídica por cuya virtud una persona se halla constreñida, con relación a otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"*⁴.

El licenciado Borja Soriano adopta la siguiente definición: *"obligación es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor a una prestación o a una abstención, de carácter patrimonial, que el acreedor pueda exigir al deudor"*⁵.

Por su parte, el licenciado Ernesto Gutiérrez y González expone: *"la definición clásica de obligación, asienta que ésta es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir de otra llamada deudor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial"*⁶.

Podría continuar con un sinnúmero de definiciones pues como he mencionado, muchos autores han tratado de conceptualizar a la obligación, ya sea poniendo de relieve la situación del acreedor o la del deudor, sin embargo, de lo anteriormente expuesto se obtiene una idea clara de los elementos que circundan a dicho concepto, que son los sujetos, la relación jurídica que vincula a éstos y el objeto.

Así pues, antes de comenzar con el estudio de los elementos que forman parte de la obligación expondré mi definición al respecto de ella siendo esta la relación jurídica que se da entre uno o más sujetos que reciben el nombre de acreedor y deudor, por virtud de la cual el acreedor exige del deudor la realización de una prestación que puede ser de dar, hacer o de no hacer.

1. Elementos de la obligación.

A) Elemento subjetivo.

³ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Parte I, Editorial Porrúa S.A de C.V., 1989, p. 9.

⁴ Boffi Boggero, Luis Ma., "Obligaciones", Enciclopedia Jurídica Omcha, Tomo XX, Buenos Aires, 1964, p. 639.

⁵ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, p. 71.

⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 13ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2001, p. 52.

El elemento subjetivo de la obligación son las personas que intervienen en la relación jurídica y que se caracterizan en ser aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, estos sujetos son: un sujeto activo, comúnmente llamado acreedor y un sujeto pasivo que es el deudor; en ambos casos puede haber pluralidad de sujetos.

Este primer elemento es imprescindible para la existencia de la obligación pues sólo existen relaciones entre personas dado que en toda obligación preexiste una bilateralidad, en donde la obligación representa el deber jurídico de una persona que puede exigir y de una persona que debe cumplir.

B) Elemento Objetivo.

El elemento objetivo de las obligaciones, también denominado contenido de la obligación, se constituye por la prestación que el deudor debe realizar en favor del acreedor, es decir, lo que puede exigir el acreedor al deudor, consistente en un hecho o prestación positiva o una conducta o abstención negativa de dar, hacer o no hacer; éste es el objeto directo de la obligación.

En los casos en que esta conducta se refiere a cosas, éstas se convierten en objetos indirectos de las prestaciones de dar o de hacer pero esto no significa que el objeto de la obligación no pueda estar comprendido solamente de hechos, un ejemplo típico de este supuesto es la prestación de servicios profesionales en la que el elemento objetivo es la realización de hechos física y jurídicamente posibles.

El contenido de la prestación del deudor, cualquiera que este sea, debe ser de realización posible para constituir una obligación eficaz y existente. Las prestaciones que no son factibles de efectuar por impedimentos naturales o jurídicos no pueden constituir un vínculo de derecho que exista y produzca efectos tal y como lo regula el artículo 1828 del Código Civil Federal.

Así mismo, las obligaciones no deben tener por objeto comportamientos contrarios a las normas del derecho. De acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil Federal, si lo que se solicita del deudor es la realización de un hecho o el aporte de una cosa prohibida por la ley esta obligación sería ilícita, no produciría sus efectos y por lo tanto no sería válida.

C) Relación Jurídica.

La relación jurídica es la facultad que tiene el acreedor de **poder** exigir del deudor el cumplimiento de la pretensión pactada y la situación del deudor de **deber** cumplir con la misma. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un poder exigir y a un deber cumplir.

En este sentido, el maestro Borja Soriano indica que la relación jurídica es: *"un elemento de la obligación, y que da al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente"*⁷.

2. Fuentes de las obligaciones.

El Código Civil Federal en el libro cuarto, título primero, clasifica a las fuentes de las obligaciones de la siguiente forma⁸:

- El contrato.
- La declaración unilateral de la voluntad.
- El enriquecimiento ilegítimo.
- La gestión de negocios.
- Los hechos ilícitos.
- El riesgo creado.

Siendo la fuente de obligación más común el contrato, y por ser la que se encuentra relacionada intrínsecamente al presente tema, es menester considerarlo para nuestro estudio.

3. El contrato.

El convenio en sentido general es el acuerdo de dos o más voluntades que se manifiesta en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Dentro de la definición del convenio en sentido general, se encuentran implícitas las concepciones jurídicas del contrato y del convenio en sentido especial. El contrato, es el acuerdo entre dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones. El convenio en sentido especial, es el acuerdo que modifica o extingue derechos y obligaciones⁹.

⁷ Borja Soriano Manuel, op. Cit., p. 72.

⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, ob. cit., p.151.

⁹ Borja Soriano, Manuel, ob. cit., p. 129.

La concepción etimológica del vocablo contrato proviene del latín *contractus* que significa pacto. Esta acepción gramatical aparece en el derecho romano en el siglo I de la era cristiana; sin embargo, su connotación jurídica se determina por primera vez en la recopilación de Justiniano publicada en el año 529 bajo el nombre de *Codex Justinianus*, cuando al referirse al *negotium contractum* le dio el contenido jurídico que se conoce hasta nuestros días.¹⁰

La clasificación de los contratos atiende a las funciones específicas de los mismos y se clasifican en las siguientes categorías:

- Por la interdependencia de las obligaciones en: bilaterales y unilaterales.
- Por la valoración económica de las prestaciones en: onerosos y gratuitos.
- Por la precisión de los efectos económicos entre las partes en: contratos conmutativos y aleatorios.
- Por la entrega física del objeto: en contratos reales.
- En cuanto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos en: contratos principales y contratos accesorios.
- En cuanto a su ámbito de temporalidad en: contratos instantáneos y contratos de tracto sucesivo.
- En cuanto a su nacimiento y validez en: consensuales, formales o solemnes.

Es importante considerar a los elementos esenciales del contrato que son el consentimiento y el objeto que pueda ser materia de él.

El consentimiento, es el acuerdo de dos o más voluntades que se manifiestan en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita.

El objeto del contrato lo constituye la cosa que el obligado debe dar, y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. El objeto debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie, posible, lícito y estar en el comercio.

Dentro de los casos en que puede ser invalidado el contrato el artículo 1795 del Código Civil Federal establece:

¹⁰ Chirino Castillo, Joel, Derecho civil III contratos civiles, 2ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2000, p. 3

- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- Por vicios del consentimiento.
- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito.
- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.

La capacidad jurídica, *"es la aptitud para adquirir derechos y obligaciones y ejercitarlos. Este concepto implica dos grados que corresponden a la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Consecuentemente las incapacidades jurídicas de goce y ejercicio afectarán la validez del acto jurídico, ya sea con una nulidad de tipo absoluto o de tipo relativo"*¹¹.

En cuanto a los vicios del consentimiento, la legislación mexicana considera como tales a los siguientes:

- El error.
- La intimidación o violencia.
- La lesión.

El artículo 1795 en su fracción III del Código Civil Federal exige que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos. Para que el contrato sea válido es indispensable que: *"tanto a lo que se obligó el deudor como el porqué de su proceder sean lícitos, es decir que no sean contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público"*¹².

Respecto a la manifestación de la voluntad, el maestro Pérez Fernández del Castillo señala que *"el consentimiento que es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación de derechos y obligaciones debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables"*¹³.

Ahora que se ha disertado sobre las cuestiones básicas de cualquier contrato, resulta ineludible abundar en los contratos de garantías, entre los cuales destaca el de fianza.

4. Los contratos de garantía.

Los contratos de garantía nacen por la inseguridad del acreedor ante el riesgo de que el deudor no cumpla con las obligaciones pactadas. Este concepto nos conduce a la idea de

¹¹ Chirino Castillo, Joel, op.cit., p. 10.

¹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos civiles, 7ª ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 2000, p.32.

¹³ *Ibidem*, p.22.

garantía, que en pocas palabras puede reducirse a una forma de aseguramiento del pago del crédito, tanto en favor del acreedor, que así evita el riesgo de insolvencia del deudor, como en favor del deudor, pues en esa forma procura una mayor confianza y seguridad entre quienes contraten o hayan contratado con él¹⁴.

Dentro de los contratos de garantía existen:

- El contrato de fianza, que es el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace (artículo 2794 del Código Civil Federal).
- El contrato de prenda, que es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (artículo 2856 del Código Civil Federal).
- El contrato de hipoteca, es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagada con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley (artículo 2893 del Código Civil Federal). En opinión del licenciado Joel Chirino Castillo la Hipoteca es el contrato en virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario constituye en favor de otra, llamada acreedor hipotecario, un derecho real sobre bienes de su propiedad o de los que tenga facultad de disposición, especialmente determinados y enajenables y *"que no se entregan al acreedor para que en caso de incumplimiento en el pago de la obligación principal, el acreedor hipotecario tenga acción a ser pagado con el valor de los bienes de preferencia establecidos por la ley"*¹⁵.

III. La fianza.

El origen de la fianza se presenta en el derecho romano, como una de las estipulaciones o promesas accesorias cuya finalidad era *"facilitar o garantizar los efectos del contrato principal"*¹⁶.

¹⁴ Molina Bello, Manuel, La fianza, como garantizar sus obligaciones frente a terceros, Editorial McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., México, 2000, p. 9.

¹⁵ Chirino Castillo, Joel, op. cit. p. 205.

¹⁶ Petit, Eugene. Tratado elemental de derecho romano, 7ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1996, p 355.

La fianza, es una forma de garantía a la que con mayor frecuencia se recurre en la celebración de los más variados negocios, pues constituye para el acreedor uno de los mejores medios para protegerse de la insolvencia del deudor.

1. Concepto.

El origen del vocablo fianza proviene de la voz latina *fidare* por *fidere*, que quiere decir asegurar, persuadir, confiar¹⁷.

En francés la palabra es *cautionnement* que en español se refiere al término caución, que a su vez deriva del latín *cautio* que significa garantizar¹⁸.

En inglés, fianza se traduce *surety, bail, caution, guarantee, security, bond*, que quieren decir seguridad, caución, garantía, guardar¹⁹.

Fianza, es la cosa o dinero que están sujetos a una responsabilidad y que son garantía de algo. Jurídicamente, es un contrato de garantía que origina una relación jurídica entre un sujeto llamado fiador, y otro llamado acreedor, por medio de la cual el primero se obliga con el segundo a responder por la deuda de un tercero, llamado deudor principal, en el caso de que éste incumpla.

El contrato de fianza crea un derecho personal entre el fiador y el acreedor constituyendo una asunción de deuda sujeta a una condición suspensiva para el caso de que el deudor principal no cumpla con el pago.

Para el maestro de Pina Vara la fianza, *"es un contrato por el cual un tercero, en relación con una determinada obligación, se obliga a su cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no cumplan"*²⁰.

Por su parte, el licenciado Ramón Sánchez Medal menciona que la fianza es el *"contrato por el que una persona llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con éste último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo*

¹⁷ Ávila Merino, Luis Miguel, La fianza mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 20.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Pina Vara de, Rafael, Elementos de derecho mercantil mexicano, 28ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, p. 288.

haga²¹. En opinión de este autor, la obligación del **fiador es de resultado**, ya que la obligación que el fiador asume consiste en hacerse responsable por el deudor principal en el caso de que este no cumpla con la obligación a su cargo.

2. Clasificación.

La fianza es un contrato accesorio, unilateral, oneroso o gratuito, consensual, formal y de tracto sucesivo.

Accesorio, porque no existe por sí mismo, sino que depende de una relación preexistente entre un deudor y un acreedor. La obligación accesoria supone la existencia de una obligación principal, que al extinguirse hace extinguir la fianza. En virtud de este carácter accesorio, la fianza no puede desligarse de la obligación principal y queda sujeta a las condiciones y estipulaciones del contrato principal.

Unilateral, en virtud de que el único obligado es el fiador.

Oneroso, característica que se presenta cuando el acreedor da una contraprestación al fiador por asumir su obligación, propia de la fianza mercantil, pues ninguna empresa podría expedir fianzas gratuitas al ser una contradicción al concepto mismo de empresa. El pago de la prima constituye un elemento esencial del contrato, y al mismo tiempo una obligación fundamental del fiado o de quien solicita la fianza.

Gratuito, característica que se presenta cuando el fiador no recibe ninguna contraprestación por la obligación que contrae de pagar en caso de que el deudor no lo haga. Generalmente esta particularidad aplica a la fianza civil.

Consensual, pues en la fianza civil no se requiere de formalidad alguna para que se perfeccione el contrato, basta con la manifestación de voluntades tanto del acreedor como del fiador.

Formal, que aplica en los casos de la fianza otorgada por una institución de fianzas. El contrato de fianzas onerosa que otorgan las instituciones de fianzas, deberá probarse por escrito

²¹ Sánchez Meda, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, 18ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, p. 457.

y al efecto están obligadas a expedir a los interesados una constancia en forma de póliza, como lo señala la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 117 que la define como "una constancia que se expide por la institución de fianzas para resguardo de los interesados y no solamente de las partes o de una de ellas"²².

De **tracto sucesivo**, pues regularmente las obligaciones se cumplen secuencialmente como se observa en las fianzas de arrendamiento y en las de anticipo, en las que al realizarse cumplimientos parciales de la obligación principal, las fianzas también se reducen, inclusive cuando las partes no manifiestan expresamente la disminución de la obligación, ésta es comprobable y no podría ser reclamada por el beneficiario.

3. Elementos.

A. Elementos personales.

Los elementos personales del contrato de fianza son el deudor o fiado, el acreedor o beneficiario y el fiador.

El **fiado**, es el deudor de la obligación y quien tiene derecho a exigir su cumplimiento, es la persona por la que se obliga la afianzadora y es quien generalmente solicita la fianza y paga la prima.

El **acreedor**, es la persona ante quien se garantiza la obligación del fiado. Es el beneficiario de la póliza en las fianzas mercantiles. En otras palabras, es la persona física o moral a quien se le otorga la fianza.

El **fiador**, es la persona que otorga la fianza y asume la responsabilidad del pago en el caso del incumplimiento por parte del deudor. En el caso de las fianzas mercantiles, el fiador es la institución de fianzas concesionada por el gobierno federal para expedir fianzas a título oneroso.

B. Elementos de existencia.

²² Ruiz Rueda, Luis, El contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio: crítica y contraproyecto, Editorial Arana, México, 2001, p. 53.

Los elementos de existencia son tres, el consentimiento, el objeto y la existencia de una obligación principal.

El **consentimiento**, es el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador. El consentimiento se forma por el concurso de voluntades del acreedor y el fiador manifestado en forma exterior. La constitución de la fianza no requiere de la autorización ni de la voluntad del fiador. El deudor principal, en todo caso, puede consentir la garantía, la puede ignorar o incluso la puede contradecir, ya que el consentimiento sólo se forma por el concurso de voluntades del fiador y el acreedor.

El **objeto directo**, es la obligación subsidiaria que contrae el fiador y que consiste en pagar por el deudor, en caso de que éste no lo haga.

En tanto que el **objeto indirecto** consiste en la prestación que deberá pagar el fiador, la que puede ser una cosa o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder de su valor. La obligación a pagar puede ser menor pero nunca mayor a la obligación principal. Si el fiador se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda, sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, el artículo 2799 del Código Civil Federal establece que se presume obligado por otro tanto. Si no se estipula la cantidad exacta a la que se obliga el fiador, se entiende que la fianza es por el valor total de la deuda. De igual forma no se debe de olvidar que la preexistencia de la obligación principal condiciona la existencia de la fianza.

C. Elementos de Validez.

En cuanto a los elementos de validez tenemos que son la capacidad, la ausencia de vicios, la licitud en el objeto motivo o fin del contrato y la forma.

En la **capacidad**, el acreedor requiere de la capacidad general para contratar, mientras que el fiador requiere de la capacidad de ejercicio y la facultad de disposición de los bienes con los que garantice el cumplimiento de la obligación.

En cuanto a la **ausencia de vicios**, la fianza como cualquier otro contrato, para ser válido debe estar exento de vicios, esto es, que el consentimiento no debe ser dado por error, arrancado

por violencia ni sorprendido por dolo o mala fe. Si el fiado ha sufrido alguno de estos vicios, puede atacar el contrato mediante la acción o excepción de nulidad relativa.

Respecto a la **licitud en el objeto motivo o fin del contrato**, la fianza debe tener como fin el garantizar una obligación lícita, ya que de lo contrario resultaría afectado de nulidad absoluta o relativa²³. Toda vez que la fianza es un contrato accesorio, cuando el contrato principal sea ilícito en su objeto, motivo o fin, también la fianza lo será, y la nulidad que afecte a dicho contrato pasará a la garantía.

En la forma, la ley no exige ninguna formalidad para el otorgamiento de la fianza, pero en todo caso la fianza debe ser expresa y no tácita²⁴. En caso de la fianza mercantil, ésta deberá otorgarse en póliza, de acuerdo con el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

4. Clases de Fianzas.

El Código Civil Federal en su artículo 2795 establece que la fianza puede ser convencional, legal, judicial, gratuita o a título oneroso.

Convencional, es la fianza que se otorga de común acuerdo entre el fiador y el acreedor. *"Es aquella cuya obligación de otorgamiento depende única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contraten acreedor y fiador, aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal"*²⁵.

Legal, es la fianza impuesta por el ordenamiento jurídico con el objeto de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones. Este tipo de fianzas se caracterizan porque el fiador para garantizar su solvencia debe tener por lo menos un bien inmueble. También se caracterizan porque el fiador no tiene derecho a la excusión de bienes²⁶.

Judicial, es la fianza que se impone mediante providencia dictada por el órgano jurisdiccional, en otras palabras, es la fianza impuesta por el juez dentro de un procedimiento,

²³ Treviño García, Ricardo. Los contratos civiles y sus generalidades, 6 ed. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., México, 2002, p. 672.

²⁴ Sánchez Medel, Ramón, op.cit. p. 462.

²⁵ Molina Bello, Manuel, op. cit., p. 32.

²⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., p. 32.

como la fianza judicial de tipo penal, que sirve para garantizar la libertad de las personas por la comisión de un delito, la cual se encuentra regulada en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

Con relación a esta clasificación, el maestro Molina Bello opina que en el derecho positivo mexicano solo hay fianzas convencionales y legales toda vez que "tratándose de las fianzas judiciales el juez no impone la obligación de otorgarlas sin fundamento *legal*"²⁷.

En opinión del maestro Pérez Fernández del Castillo existe otra especie de fianza: las fianzas fiscales, remitiéndonos al artículo 141 del Código Fiscal de la Federación en el que menciona que los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal por medio de, entre otras opciones, fianza otorgada por institución autorizada, sin embargo al referir que será "fianza otorgada por institución autorizada" se entiende que será una fianza otorgada por una institución de fianzas, siendo por lo tanto una fianza mercantil.

Por lo tanto se entenderá como **fianza mercantil**, aquellas fianzas a título oneroso otorgadas por empresas que tengan el carácter de instituciones de fianzas, las cuales deben estar autorizadas por las Secretaría de Hacienda y Crédito Público y cumplir con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. El carácter de mercantil se desprende del artículo 2 de la citada ley que establece que las fianzas y los contratos que se 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, a excepción hecha de la garantía hipotecaria.

La fianza mercantil se clasifica en ramos y subramos, los cuales deben de ser autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. De conformidad con el artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas existen los siguientes ramos y subramos:

I. Fianzas de fidelidad

- a) Individuales.
- b) Colectivas

²⁷ Molina Bello, Manuel, op. cit, p. 33.

II. Fianzas judiciales.

- a) Penales.
- b) No penales.
- c) Judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores.

III. Fianzas Administrativas.

- a) De obra.
- b) Proveeduría.
- c) Fiscales.
- d) Arrendamiento
- e) Otras Administrativas.

IV. Fianzas de crédito.

- a) Suministro.
- b) Compraventa.
- c) Financieras
- d) Otras de crédito.

IV. Fianzas de crédito.

- a) Suministro.
- b) Compraventa.
- c) Financieras
- d) Otras de crédito.

El ramo de fianzas administrativas merece especial atención por ser parte medular para el tema de este trabajo.

Las Fianzas administrativas en general, garantizan el cumplimiento de obligaciones entre dos partes. Estas fianzas son las más utilizadas en todos los sectores de producción siendo el gobierno el principal consumidor de este tipo de fianzas, exigiendo a sus contratistas, proveedores y contribuyentes una fianza para garantizar las obligaciones que contraigan con las distintas entidades de la administración pública federal. En opinión del licenciado Manuel Molina Bello, la fianza administrativa es *"aquella que garantiza cualquier obligación válida, legal y de contenido económico, la cual es celebrada entre un particular (fiado) persona física o moral, y una entidad de la administración pública federal (beneficiario)"*²⁸. De este tipo de fianzas destacamos aquellas que garantizan obligaciones de personas físicas o morales ante la administración pública y que se derivan de contratos y pedidos.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público exige a todos los contratistas y proveedores de la administración pública federal y local que garanticen sus

²⁸ Ibid, p. 91.

obligaciones y el medio más utilizado ha sido mediante una fianza, esta ley establece que se deberá garantizar los siguientes conceptos: anticipo, cumplimiento, buena calidad y/o vicios ocultos.

IV. Breves antecedentes de la fianza.

La referencia más remota de la fianza es: *"una inscripción que se asemeja a un contrato de fianza, impreso en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, rey de Sumeria y Akkad, aproximadamente en los años 2568 a 2613 a. C."*²⁹

El origen de la fianza: *"se remonta a muchos siglos antes de nuestra era. Encontramos algunas referencias en los códigos de Urukagina y Gudea, pertenecientes al derecho sumario que datan del año 2400 a. C., los ladrillos de Capodia del derecho asirio, el Chuking de China, el código de Hammurabi de Babilonia, las leyes Ititas y las Vedas de la India que aportan ideas sobre este contrato"*³⁰.

Otro antecedente de la fianza se encuentra en las leyes de Manú expedidas en los años 1280 al 800 a.C., estas leyes formadas por 12 libros reglamentaban el derecho público y el privado. *"La fianza se regulaba en las leyes civiles, tanto en aspectos hereditarios que se encontraba en el libro IX como en la conducta de los reyes de la casa militar que formaba parte del libro VII"*³¹.

En Roma existieron los llamados contratos *verbis*, los cuales se formaban por la pronunciación de palabras solemnes que hacían más preciso y cierto el consentimiento de las partes. En la época clásica hubo tres: *"la stipulatio, la dictio dotis y el jusjurandum liberti; la stipulatio fue el más importante de los contratos verbis y tenía infinidad de aplicaciones, ya que su objeto podía ser prácticamente cualquier prestación cubriendo por tanto, la mayor parte de las necesidades contractuales de los romanos figurando, entre estas, la fianza"*³².

El derecho español coloca el origen de la fianza en el Fuero Real de las Siete Partidas, obra realizada por Alfonso X el Sabio en 1348 d. C., este ordenamiento jurídico de la edad media se dividió en siete tomos o partes, de ahí su nombre, con distinta temática cada uno de ellos

²⁹ Molina Bello, Manuel, op. cit., p. 3.

³⁰ Ávila Merino, Luis Miguel, op. cit., p. 18.

³¹ Ibid, p. 4

³² Petit, Eugene, op. cit., p. 333.

siendo la partida quinta, título XII, donde se encuentra establecida y definida la fianza como "el contrato por el cuál una o más personas se obligan a pagar una deuda o a responder de la obligación de un tercero en caso de que él no cumpla"³³.

La fianza en México, fue conocida desde la época prehispánica, siendo los aztecas quienes "la utilizaron como una forma de garantizar el pago de una deuda personal, misma que era hereditaria, naciendo con ello una especie de afianzamiento familiar que cuando un deudor se declaraba insolvente, tenía que pagar con sus servicios como esclavo a su acreedor, y si llegaba a morir la deuda la heredaba el hijo"³⁴.

En la época colonial las Leyes de Partida, las Leyes de Indias, ordenanzas e intendentes, etcétera, establecieron, entre otras disposiciones: "que los miembros del tesoro del Consejo de Indias debían otorgar fianza para garantizar la guarda de valores que se les confiaba a su cuidado, en este caso, la fianza se contrae por estipulaciones o promesa y como un contrato accesorio"³⁵.

En los primeros años de la época independiente se iniciaron los primeros proyectos para expedir leyes que regularan la fianza, en un principio nuestro derecho mexicano consideró a la fianza como una operación típicamente civil, así pues, en el Código Civil de 1870 se estableció que la fianza tenía el carácter de contrato y que podía otorgarse a título oneroso, "siendo ésta la primera vez que se hablaba de retribución respecto de esta garantía, debido a los movimientos políticos que hubo en el país el código estuvo en vigor por poco tiempo, siendo sustituido por el código de 1884 el cual reglamentaba a la fianza en una forma muy similar al anterior"³⁶. El Código Civil de 1884 fue reemplazado por el código actual, expedido el 30 de agosto de 1928, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de septiembre de 1932 y que entró en vigor el 1º de octubre del mismo año, el cual en su artículo 2794 define a la fianza como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, fue publicada el 29 de diciembre de 1950 en el Diario Oficial de la Federación. Esta ley fue considerada como la disposición más relevante puesto que recogió no sólo los antecedentes legislativos, sino también la aportación de las empresas privadas. La ley en comento ha sido objeto de numerosas reformas y adiciones como la

³³ Acosta Romero, Miguel, Derecho bancario, 8ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000, p. 1018.

³⁴ Molina Bello, Manuel, op. cit., p. 10.

³⁵ Acosta Romero, Miguel, op. cit., p. 1018.

³⁶ Idem, p. 11.

del 18 de enero de 1969 que reformó los artículos 75, 76 y 77, la del 29 de diciembre de 1981 cuyo propósito fundamental fue modernizar el marco jurídico de las instituciones de fianzas, otras reformas son la del 20 de diciembre de 1984 que retorna la definición de la naturaleza de las instituciones dejando de considerarlas como organizaciones auxiliares de crédito para continuar como entidades independientes; por su parte la reforma del 3 de enero de 1990 previno la protección de intereses del público usuario, también destacables la reforma de fecha 14 de julio de 1993 en la que se establecen procedimientos convencionales para reclamaciones de fianzas y la del 16 de enero de 2002 en la que se modifican los artículos 21 y 24 de la mencionada ley.

Finalmente se podría decir que la fianza, es la garantía más utilizada para la protección de los contratos que suscriben proveedores y prestadores de servicios con el gobierno federal y es por ello que surge la necesidad de estudiar la normatividad que la regula, cuestiones que serán tratados en los capítulos subsecuentes.

CAPITULO SEGUNDO.

GARANTÍAS A SOLICITAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN: LICITACIÓN PÚBLICA, INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS Y ADJUDICACIÓN DIRECTA.

I. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La incorporación definitiva del contrato administrativo al derecho positivo mexicano la otorga el artículo 134 constitucional. Originalmente el proyecto de constitución de Venustiano Carranza no consideró ningún precepto que se refiriera a los contratos de obra pública, ni a los contratos de adquisiciones o arrendamientos que llevara a cabo el gobierno federal o sus entidades paraestatales por lo que al someter el artículo en la 61ª sesión ordinaria, celebrada el 25 de enero de 1917 a la consideración del constituyente hizo notar que a pesar de no figurar en el proyecto, era necesaria su regulación: *"he creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así para el servicio de la Nación, las mejores utilidades posible, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen"*³⁶.

La regulación constitucional de las adquisiciones, arrendamientos y servicios, actualmente se rige por el precepto constitucional que establece el artículo 134 de nuestra Carta Magna, que textualmente dispone:

"Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones

³⁶ Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Tomo XII, 4ª ed., Editorial Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, 1994, p. 1215.

disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución".

El artículo 134 constitucional dispone que las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el gobierno federal.

En esta tesitura, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público derivada del artículo 134 constitucional, tiene como finalidad regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones, arrendamientos y servicios de cualquier naturaleza que realice la administración pública federal, definidos en el artículo tercero de dicho ordenamiento.

Dicha ley contiene igualmente disposiciones que configuran "*un régimen para los contratos que con aquellos objetos se celebren y que no es el de los contratos de derecho común sino el excepcional de derecho público o sea el que los caracteriza como contratos administrativos*"³⁷. La ley antes mencionada con sus reformas y adiciones, fue publicada en el diario oficial de la federación el 4 de enero del año 2000 y entró en vigor el 4 de marzo del mismo año.

Es importante señalar que los antecedentes legales a este respecto son:

- Ley de Inspección de Adquisiciones (1965).
- Ley de Inspección de Adquisiciones (1972).
- Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal del 31 de diciembre (1979).

³⁷ Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, 42ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 405.

- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles del 8 de febrero (1985).
- Ley de Adquisiciones y Obras Públicas del 30 de diciembre (1993).

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, determina y regula tres tipos de contratos administrativos: el de adquisición de bienes muebles, el de arrendamiento de bienes muebles, y el de servicios relacionados con bienes muebles.

Antes de exponer lo que son los contratos mencionados, es importante señalar lo que se entiende por contrato administrativo: *"es el acuerdo de voluntades celebrado, por una parte, la administración pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar y extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en un relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado"*³⁸.

En mi opinión, el contrato administrativo, es aquel en el que una de las partes es la administración pública y la otra un particular y cuyo objeto es la satisfacer del interés público.

Ahora bien, procederé a definir los que son los contratos regulados por la ley en comento. Por contrato de adquisición de bienes muebles se entiende aquel contrato en virtud del cual una persona llamada proveedor se obliga a transferir la propiedad de uno o varios bienes muebles al Estado, o a alguna de sus personas de derecho público, para lograr sus fines, quien a su vez se obliga a pagar una remuneración en dinero.

Por arrendamiento de bienes muebles se entiende el contrato celebrado entre uno o varios particulares y la Administración Pública mediante el cual ambas partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce, y la otra al pago de un precio cierto, para satisfacción del interés público, con sujeción a un régimen de derecho privado.

Por prestación de servicios se entenderá aquel contrato celebrado por una dependencia o entidad de la Administración Pública en ejercicio de una función administrativa, con un proveedor particular, a efecto de que éste realice determinada actividad técnica, no relacionada con la obra

³⁸ Serra Rojas. Andres, Derecho Administrativo, 20ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2000, p.637.

pública, destinada a satisfacer un requerimiento específico de la dependencia o entidad, en aras del interés público, con sujeción a un régimen del derecho ordinario.

Los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos y servicios, según el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en comento, serán adjudicados por las dependencias y entidades federales mediante los procedimientos de licitación pública, invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa.

En los procedimientos de contratación deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y **garantías**, debiendo las dependencias y entidades proporcionar a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos.

La **licitación**, es el procedimiento por el cual la administración pública elige como contratante a la persona física o jurídica, que le ofrece al estado las condiciones más convenientes de contratación; la licitación tienen como fines el obtener el mejor precio, financiamiento, calidad y oportunidad cuidando siempre de cumplir con los principios de eficiencia, eficacia, honradez e imparcialidad.

La licitación tiene diferentes fases que son:

1. Autorización del presupuesto.
2. Preparación de las bases de licitación o pliegos de condiciones.
3. Publicación de la convocatoria.
4. Presentación de ofertas, dentro de esta etapa se lleva a cabo la junta de aclaración de dudas y la visita a los lugares donde se ejecutaran las obras públicas.
5. Requisitos de las ofertas.
6. Apertura de las ofertas.
7. Admisión de la oferta.
8. Adjudicación.
9. Perfeccionamiento.

Existen diversos tipos de licitación: la licitación privada, la restringida y la pública.

La **licitación privada**, es el procedimiento por el cual la administración pública, invita a personas físicas o morales determinadas para que presenten sus ofertas, ante el órgano convocante, de las cuales se elegirá a la mas conveniente para el estado.

La **licitación restringida**, es el procedimiento cerrado por el cual la administración pública, convoca a personas físicas o morales determinadas que reúnan ciertas condiciones como la idoneidad y la capacidad para que presenten sus ofertas, ante el órgano convocante de las cuales se elegirá a la más conveniente para el estado.

La **licitación pública**, es un procedimiento administrativo desarrollado en un régimen de competencia o contienda, a través del cuál la administración pública (federal, estatal o municipal), elige a la persona física o moral, que le ofrece las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, para formalizar una adquisición, arrendamiento, servicio u obra pública determinada en beneficio del interés general, mediante un contrato específico.

Existen diversos tipos de licitación pública:

- Licitación pública nacional.
- Licitación pública internacional.
- Licitación pública internacional bajo la cobertura de los tratados de libre comercio.

Se denomina **licitación pública nacional**, al procedimiento mediante el cual se adquieren bienes con un grado de al menos el cincuenta por ciento de contenido nacional, incluyendo la mano de obra o bien exista excepción en el grado de contenido nacional que da a conocer la secretaría de economía, mediante las reglas que expida; o el arrendamiento y servicio puedan proporcionarlo proveedores de nacionalidad mexicana. El motivo que determina la diferencia entre la licitación nacional y la licitación internacional lo constituye el hecho de que sólo pueden participar personas de nacionalidad mexicana y los bienes a adquirir sean producidos en el país y cuenten, como se menciono anteriormente, con por lo menos el 50 % de contenido nacional que será determinado tomado en cuenta el costo de producción del bien, que significa todos los costos como la comercialización, costos financieros, etcétera. En el caso de las reglas que expide la Secretaría de Economía, es importante señalar, que éstas son de carácter general, que establecerán los casos de excepción correspondientes a dichas reglas, así como un procedimiento expedito para determinar el grado de contenido nacional de los bienes que se

oferten, para la cual tomará en cuenta la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

La **licitación pública internacional**, es el procedimiento mediante el cual pueden participar tanto personas de nacionalidad mexicana como extranjera y los bienes a adquirir sean de origen nacional o extranjero. En los procedimientos de contratación de carácter internacional, las dependencias y entidades optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la adquisición y arrendamiento de bienes producidos en el país y que cuenten con el porcentaje de contenido nacional indicado en el artículo 28 fracción I de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, los cuales deberán contar, en la comparación económica de las propuestas, con un margen hasta del diez por ciento de preferencia en el precio respecto de los bienes de importación, conforme a las reglas que establezca la secretaría de economía, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Como regla de excepción, esta licitación, sólo puede celebrarse en aquellos supuestos en las que no sea posible la licitación nacional. Entre algunos casos que pueden dar origen a la licitación internacional, tenemos los siguientes:

- Cuando previa investigación de mercado que realice la dependencia o entidad convocante, no existe oferta de proveedores nacionales respecto a bienes o servicios en cantidad o calidad requeridas o sea conveniente en términos de precio.
- Cuando habiéndose realizado una de carácter nacional, no se presente alguna propuesta o ninguna cumpla con los requisitos establecidos en la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público.
- Cuando así se estipule, para las contrataciones financiadas con créditos externos otorgados al gobierno federal o con su aval.

La **licitación pública internacional bajo la cobertura de los tratados de libre comercio** es el procedimiento que se lleva a cabo cuando sea obligatorio conforme a lo establecido en los tratados internacionales. México está sujeto a los capítulos de compras del sector público, conforme los siguientes tratados:

- TLC de América del Norte; México, Estados Unidos y Canadá (TLCAN).
- TLC México - Bolivia.
- TLC México - Costa Rica.

- TLC México - grupo de los tres Colombia y Venezuela (G - 3).
- TLC México - Nicaragua.
- TLC México - Israel.
- TLC México - Unión Europea (TLCUE).
- TLC México - Asociación Europea de libre comercio (AELC)
- TLC México - Uruguay.

Actualmente, por la naturaleza de los bienes y servicios que se contratan en la secretaria de controlaría y desarrollo administrativo, el tratado internacional mas recurrente en su uso es el TLCAN, el cuál orienta hacia la apertura comercial las compras gubernamentales entre Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y México y otorga trato nacional no discriminatorio a los proveedores de los tres países.

El procedimiento de la licitación, nacional, o internacional se efectúa en dos etapas. La primera etapa consiste en evaluar las ofertas con las características y especificaciones de los bienes y servicios que desea adquirir, para ellos los licitadores presentarán en sobre cerrado sus ofertas técnicas, las que evaluará la convocante a fin de determinar las que satisfacen los requisitos solicitados, determinando los ajustes técnicos que se requieren, con lo cual emitirá el fallo técnico.

La segunda etapa consiste en evaluar los aspectos económicos de las ofertas, de aquellos licitadores seleccionados, para ello los oferentes deberán, también en sobre cerrado, presentar sus proposiciones económicas. Una vez que se han satisfecho tales requisitos se emitirá el fallo de la licitación.

Importante dentro de la licitación pública es la **autorización presupuestaria** que es un requisito indispensable para la realización de licitaciones y contrataciones en materia de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios, esto lo constituye el hecho de que las dependencias y entidades federales deberán contar con la suficiencia presupuestal en el rubro correspondiente. Así se desprende de la prohibición constitucional contemplada en el artículo 126 de hacer pago alguno que no esté contenido en el presupuesto público federal. Lo dispuesto por el artículo en comento es retomado por el artículo 25 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el cual dispone que las dependencias y entidades podrán convocar, adjudicar o contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, solamente cuando se

cuenta con la autorización global o específica, por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del presupuesto de inversión y de gasto corriente, conforme a los cuales deberán programarse los pagos respectivos. En casos excepcionales y previa aprobación de dicha Secretaría, las dependencias y entidades podrán convocar sin contar con dicha autorización. Esta misma ley señala en su artículo 6 que el gasto de adquisiciones, arrendamientos y servicios se sujete a las disposiciones específicas del presupuesto de egresos y de la ley de presupuesto, contabilidad y gasto público federal.

En la preparación de las bases de licitación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Economía y la Secretaría de la Función Pública están facultadas para interpretar la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento para efectos administrativos, de acuerdo con el artículo 7 de dicha ley. Con fundamento en este artículo, las secretarías mencionadas debieran emitir criterios para elaborar bases generales que se apliquen en todas las licitaciones públicas, ya que en la práctica esto no existe. Por otro lado, conforme a lo preceptuado por el artículo 9 de la citada ley, los titulares de las dependencias también se encuentran facultados para emitir bases generales de licitación pública, toda vez que conforme a dicho dispositivo tales titulares serán responsables de la adopción e instrumentación de los sistemas y procedimientos que requieren la realización de las acciones, actos y contratos que deben llevar a cabo conforme a dicha ley.

En cuanto al **contenido de las bases de licitación**, de acuerdo al artículo 31 de la ley en comento señala que deben contener el nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante, la forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica del licitante, la fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen, así mismo, la fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones, comunicación del fallo y firma del contrato, el señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar los precios de los bienes o servicios, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes, el idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones y en el caso de que los anexos técnicos y folletos sean presentados en el idioma del país de origen de los bienes o servicios deberán acompañarse de una traducción simple al español, la moneda en que se cotizará y efectuará el pago respectivo. En los casos de licitación internacional, en que la convocante determine efectuar los pagos a proveedores extranjeros en

moneda extranjera, los licitantes nacionales podrán presentar sus proposiciones en la misma moneda extranjera que determina la convocante. No obstante, el pago que se realice en el territorio nacional deberá hacerse en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha en que se haga dicho pago, plazo y condiciones de entrega así como la indicación del lugar, dentro del territorio nacional, donde deberán efectuarse las entregas, condiciones de precio y pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo, **datos sobre las garantías, así como la indicación de si se otorgará anticipo, en cuyo caso deberá señalarse el porcentaje respectivo y el momento en que se entregará, el que no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato**, penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o en la prestación de los servicios.

Es importante señalar que para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, arrendamientos o servicios no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por la ley de adquisiciones arrendamientos y servicios del sector público.

Las bases de licitación que sean emitidas por dependencias y entidades para realizar licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la secretaría de la función pública, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante ese periodo.

Si el documento que contiene las bases implica un costo, éste será fijado sólo en razón de la recuperación de las erogaciones que efectúe la convocante para la publicación de la convocatoria y por los documentos que se entreguen a los participantes. Los interesados pueden revisar tales documentos antes de realizar el pago de dicho costo, el cual será **requisito** para participar en la licitación. Dicho pago deberá realizarse en la forma y en el lugar indicado en la convocatoria y a todo interesado que pague el importe se le entregará un comprobante con el cual tendrá derecho de participar en la licitación.

Como en todas las licitaciones públicas, en las relativas a adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles, a fin de que concurren a ella un mayor número de interesados, es importante que se **publique la convocatoria** respectiva, así conforme a lo que ordena el artículo 30 de la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público la convocatoria se publica en el diario oficial de la federación.

El órgano licitante está obligado a entregar a los interesados la información y documentación necesarias para que puedan elaborar sus propuestas, esta información como ya mencione se encuentra en las bases de licitación. Independientemente de que las dependencias y entidades federales están obligadas a entregar a los licitadores las bases de licitación, previo pago, para que puedan preparar sus ofertas, los interesados también tienen a su disposición las bases de licitación, previo pago, a través del sistema compranet.

Compranet, es un sistema diseñado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con la finalidad de dotar de transparencia y proporcionar mayor eficiencia a los procesos de contrataciones de bienes, servicios, arrendamientos y obras públicas del gobierno federal. Los objetivos de este sistema son el contar con mecanismos ágiles en los proceso de contratación, por parte de las dependencias y entidades, el disponer de un mecanismo transparente de información sobre las compras del gobierno para la sociedad y facilitar las participación de las empresas en las contrataciones gubernamentales. Se emite con la finalidad de modernizar los procedimientos de contrataciones gubernamentales, mediante la implantación de un sistema electrónico denominado **compranet**, mismo que permite eliminar requisitos y documentación que resulte inadecuada para el desarrollo y control del os procedimientos licitatorios, así como facilitar la identificación de personalidad jurídica de los proveedores participantes en dichos procedimientos y en consecuencia cumplir con la transparencia de dichos procedimientos.

Una vez que se lleva a cabo la convocatoria, son adquiridas y consultadas las bases de licitación, se lleva a cabo la **junta de aclaraciones**, que es un acto obligatorio para las dependencias y entidades, previo a la presentación de ofertas por parte de los licitadores, la fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de licitación se establecen en las bases de licitación, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. En la junta de aclaraciones puede suceder que se modifiquen los plazos u otros aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de la licitación, tal y como o señala el artículo 33 de la ley mencionada que establece que las dependencias y entidades, siempre que ello no tenga por objeto limitar el número de licitantes, podrán modificar los plazos u otros aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de la licitación, a partir de la fecha en que sea publicada la convocatoria y hasta inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siempre que las modificaciones sean dadas a conocer a los licitantes y que dichas modificaciones no consistan en la sustitución de los bienes o servicios

convocados originalmente, adición de otros de distintos rubros o en variación significativa de sus características, en todo caso, cualquier modificación a las bases de la licitación, derivada del resultado de las juntas de aclaración, será considerada como parte integrante de las propias bases de licitación.

Realizados los requisitos de la convocatoria, las bases que fueron adquiridas previamente y las especificaciones de la licitación, los convocantes tiene derecho a **presentar propuestas u ofertas**. La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en su artículo 32, ordena que el plazo para la presentación de proposiciones a licitaciones internacionales no podrá ser inferiores a 20 días naturales, contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria y que en el caso de licitaciones nacionales, el plazo para la presentación de proposiciones será de, cuando menos, 15 días naturales contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria y en casos en los que no puedan ser observados los plazos anteriores al existir razones justificadas por parte del solicitante y siempre que esto no tenga como objeto el limitar el número de participantes, el titular del área responsable de la contratación podrá reducir los plazos a no menos de 10 días naturales, contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria.

Es necesario que los interesados que desean participar en una licitación pública sobre adquisiciones, arrendamientos o prestación de servicios relativos a bienes muebles, cumplan con **requisitos** que son subjetivos, objetivos y formales de la oferta, pues de ello depende que su proposición sea aceptada.

Los **requisitos subjetivos** se cumplen en la medida en que la oferta sea presentada por una persona con capacidad jurídica, ya sea por si misma o por su representante legal, con poder debidamente otorgado para actos de administración o de dominio.

Los **requisitos objetivos** que deberán cumplir los licitadores, se encuentran establecidos en las bases de licitación que elaboran las dependencias y entidades federales en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Los **requisitos formales** implican que la oferta es un documento que ha de cumplir ciertas formas como el ser plasmada por escrito en idioma nacional o extranjero, dependiendo del tipo de licitación a realizar, que sea exhibida de manera clara, precisa y de manera secreta en dos sobres

cerrados que contendrán por separado la propuesta técnica y económica así como presentada en el lugar y fecha previamente establecida.

Una vez cumplidos los requisitos, de conformidad con el artículo 35 de la ley en comento, se lleva a cabo el **acto de apertura de ofertas y el levantamiento de actas**, esto se hace en sesión pública, en la fecha, hora y lugar establecidos en la convocatoria y en las bases de licitación a fin de dar a conocer a los participantes cuales fueron las ofertas presentadas y cuales fueron las propuestas aceptadas; se procede a la apertura de los sobres que contienen las ofertas técnicas y económicas, en dicha reunión deben estar presentes los licitadores que deseen asistir así como el o los funcionarios que designe el órgano licitante.

Posteriormente se hace un **análisis de detallado** y cuidadoso de las ofertas admitidas para poder así **emitir un fallo fundado y motivado** que permita en su caso seleccionar al licitador idóneo por ser de entre los oferentes el que reúne las condiciones legales, técnicas y económicas exigidas por el órgano licitante. Hecho esto, la convocante emite un dictamen que sirve de base para el fallo, en este, se hace una reseña cronológica de los actos del procedimiento, el análisis de las proposiciones y las razones para admitirlas o desecharlas. En esta fase, el órgano convocante, previa emisión del dictamen que sirve de base y fundamento para el fallo, adjudica el contrato al licitador que cumplió con los requisitos subjetivos, objetivos, formales y que presentó la oferta más conveniente. Posteriormente comunica a los demás concursantes las razones por las cuales su oferta no fue la elegida.

Efectuada la adjudicación, el órgano competente y el adjudicatario deben proceder a realizar el **perfeccionamiento del contrato** respectivo que celebra el órgano convocante con los proveedores adjudicados con el objeto directo de satisfacer un interés general.

Así como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece la licitación pública como un sistema de selección, también establece sistemas excepcionales que son **la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa**. La selección del procedimiento, en todo caso deberá fundarse y motivarse, según las circunstancias que concurran en cada caso.

La **invitación a cuando menos tres personas**, es el procedimiento administrativo excepcional de la licitación pública regulado por el artículo 43 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en el cuál se invitan a cuando menos tres

personas, cuando el importe de cada operación no exceda de los montos máximos que al efecto se establecen en el presupuesto de egresos de la federación, siempre que las operaciones no se fraccionen y se invite a personas físicas o morales cuyas actividades comerciales o profesionales estén relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato a celebrarse, de acuerdo a las bases correspondientes, eligiéndose de entre los licitantes al que presente la proposición solvente en sobre cerrado e inviolable, que es abierto públicamente y garantice al estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

La **adjudicación directa**, es un procedimiento de compra menor regulado por el artículo 42 de la ley en comento en el que no existe concurrencia de oferentes. En tales condiciones, el órgano licitante está facultado para contratar con la persona que reúna las condiciones económicas, financieras y técnicas que permitan las mejores condiciones para el estado, debiendo aplicar en lo conducente las reglas previstas para la licitación, sólo en cuanto a lograr mejores condiciones de contratación para la administración pública se refiere.

II. Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Los antecedentes reglamentarios en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios han sido los siguientes:

- El Reglamento de Control de Adquisiciones destinadas a los Servicios del Gobierno Federal (4 de junio de 1947).
- El Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles (13 de febrero de 1990).

Actualmente, es el Reglamento a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público el encargado de regular dicha materia. Publicado en el diario oficial de la federación el 20 de agosto de 2001 y entrado en vigor el 19 de septiembre del mismo año, su objeto es el establecer las disposiciones que propicien el oportuno y estricto cumplimiento de la ley que regula, esto es, el ordenar los pasos o procedimientos de las contrataciones gubernamentales, regulando sus alcances y definiendo sus límites.

Del reglamento, para el tema de estudio del presente trabajo, es importante destacar que el artículo 2 señala que las **políticas, bases y lineamientos** en materia de adquisiciones de bienes

muebles y de prestación de servicios deben prever las bases, formas y porcentajes a los que se sujetaran las garantías de cumplimiento y de anticipos de los contratos. Así mismo, señala que el porcentaje recomendable para la **garantía de cumplimiento** debe ser no **menor al 10 % ni superior al 20%** del monto total del contrato sin incluir el impuesto al valor agregado.

El reglamento en sus artículos 58 y 59, establece aspectos relevantes sobre las penas convencionales como el señalar que en caso de atraso, el monto máximo por concepto de pena convencional será de no más del 20% del monto de los bienes o servicios entregados o prestados oportunamente, señala también que en caso de incremento de la cantidad de los mismos, deberá modificarse la garantía de cumplimiento en un convenio modificatorio.

Es importante destacar que el reglamento si contempla a la fianza como forma de garantía, pues en su artículo 68 señala que cuando la forma de garantía sea mediante fianza la póliza debe prever que ésta sea expedida atendiendo a todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato; que para liberar la fianza es requisito indispensable la manifestación expresa y por escrito de la dependencia o entidad con la que se contrato; que la fianza estará vigente durante la substanciación de todos los recursos legales y hasta que la autoridad competente dicte resolución definitiva; y que la afianzadora acepta someterse a los procedimientos de ejecución previstos en la ley federal de instituciones de fianzas para la efectividad de las mismas.

III. Ley del Servicios de la Tesorería de la Federación.

Esta ley establece algunas consideraciones sobre las garantías que deben suscribirse para poder realizar contratos con la administración pública.

Específicamente el artículo 48 de la citada ley, establece la necesidad de administrar las garantías a través de su calificación, aceptación, registro, guardia y custodia, sustitución, cancelación, devolución y proceso para hacerlas efectivas a través de la tesorería o de auxiliares facultados para ello. Así mismo, el artículo 49 de dicha ley en su párrafo segundo establece que las garantías que reciban las dependencias de la administración pública federal centralizada, por contratos administrativos, en concursos de obras y adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, deberán otorgarse a favor de la Tesorería conforme a las disposiciones legales aplicables.

IV. Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.

Para el presente estudio, es importante destacar que el Reglamento de la Ley del Servicios de la Tesorería de la Federación, en su artículo 137 señala las diferentes formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones como son el depósito de dinero constituido a través de certificado o billete de deposito expedido por institución de crédito autorizado, **la fianza otorgada por institución autorizada**, el deposito de dinero constituida ante la tesorería, el cheque certificado o de caja expedido a favor de la tesorería o cualquier otra que autorice la tesorería.

El artículo 138 del mencionado reglamento, establece los requisitos que debe considerar la tesorería para aceptar una garantía, de entre los que se destaca **la calificación** de la misma, verificando que el monto sea suficiente para cubrir el importe principal de la obligación garantizada y que sea acorde con los términos de la misma, que sea expedida a favor de la tesorería y que cumpla con todos los requisitos de forma que establecen las disposiciones aplicables. **La aceptación** de la garantía recibiendo los documentos constitutivos de la misma o si procede su rechazo en caso de que la garantía no reúna los requisitos establecidos para su aceptación. **La guarda, custodia y administración** de la garantía para poder llevar a cabo un efectivo procedimiento de reclamación.

Son importantes también los artículos 139, 142, 143 y 147 del reglamento en comento que establecen lo referente a la cancelación, el procedimiento para hacer efectiva la garantía, la guarda y custodia y el registro de la misma, esto es la administración de garantías, objeto del cuarto capítulo de este estudio.

V. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

Esta ley norma la actividad que en dicha materia realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal, comprendiendo las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como el pago de pasivos de deuda pública y los requisitos de la documentación que los soportan.

La ley señala que las diferentes entidades contarán con una unidad encargada de planear, programar, presupuestar, controlar y evaluar sus actividades y que en casos excepcionales y justificados la secretaría de programación y presupuesto puede aceptar que se celebren contratos

de obra pública de adquisiciones o de otra índole, que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas.

VI. Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

Como ya fue señalado, el Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, norma las actividades que en dicha materia realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal.

Para el tema de este estudio es importante señalar que el artículo 69 de dicho reglamento establece las condiciones que deben considerarse en los casos de adquisiciones, servicios generales y obras. El artículo 70 señala que los pedidos y contratos relativos a adquisiciones, servicios generales y obras deben contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, señalando con precisión su vigencia, el importe total, el plazo de entrega, el plazo de pago y que se debe contar con una **garantía**.

Por su parte el artículo 71 del citado reglamento hace referencia a las condiciones a que deben someterse la garantía correspondiente y es importante señalar que este reglamento considera como garantía en particular a la **fianza** al señalar este mismo artículo en su fracción I que salvo disposición expresa, la forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a favor de las entidades será mediante **fianza otorgada por compañía afianzadora** autorizada en los términos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Así mismo establece que las entidades deben vigilar que las garantías se otorguen cumpliendo los requisitos legales establecidos y que la tesorería será la encargada de calificarlas, aceptarlas y guardarlas.

VII. Políticas, bases y lineamientos.

Las políticas bases y lineamientos tienen por objetivo el regular las actividades relacionadas con la contratación, gasto y control de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza en las diversas dependencias.

Estas se dan en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público y su reglamento. Las políticas bases y lineamientos constituyen el instrumento normativo de más alta jerarquía en la materia al interior de las dependencias y contiene entre otros aspectos:

- Los criterios para evaluar las propuestas y determinar la adjudicación de pedidos y contratos.
- La bases, formas y porcentajes a los que deben sujetarse la constitución de garantías de cumplimiento y anticipos de los contratos.
- Los lineamientos a los que deberá sujetarse la adquisición de bienes.
- Los lineamientos que regulan la participación de proveedores nacionales e internacionales para que se de una igualdad de condiciones entre ellos.
- Los señalamientos de los servidores públicos que puedan participar en los procedimientos de contratación.
- La reglas para otorgar anticipos, pagos progresivos y las condiciones para su autorización.
- Los lineamientos para la aplicación y calculo de penas convencionales por el atraso en la entrega de bienes y servicios.
- Las condiciones para el pago de proveedores.

La creación de las **políticas, bases y lineamientos** de cada dependencia es obligación de **comités de adquisiciones, arrendamientos y servicios** cuyo objeto es el ser un órgano colegiado encargado de brindar asesoría normativa y técnica para la contratación de adquisiciones arrendamientos y servicios.

El artículo 22 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece que las dependencias y entidades deberán establecer comités de adquisiciones, arrendamientos y servicios que tendrán como funciones:

- Revisar los programas y presupuestos de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como formular las observaciones y recomendaciones convenientes.
- Dictaminar, previamente a la iniciación del procedimiento, sobre la procedencia de no celebrar licitaciones publicas por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 41 de esta ley (cuando proceda la invitación a cuando menos tres personas o la adjudicación directa), en cuyo caso se deberá informar al propio comité una vez concluida la contratación respectiva. Dicha función también podrá ser ejercida directamente por el titular de la dependencia o entidad.

- Proponer las políticas, bases y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como autorizar los supuestos no previstos en estos, sometiéndolas a consideración del titular de la dependencia o al órgano de gobierno en el caso de las entidades
- Analizar las licitaciones publicas que se realicen y, los resultados generales de las adquisiciones, arrendamientos y servicios y, en su caso, recomendar las medidas necesarias para evitar el probable incumplimiento de alguna disposición jurídica o administrativa.
- Analizar exclusivamente para su opinión, cuando se le solicite, los dictámenes y fallos emitidos por los servidores públicos responsables de ello.
- Autorizar, cuando se justifique, la creación de subcomités de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como aprobar la integración y funcionamiento de los mismos.
- Elaborar y aprobar el manual de integración y funcionamiento del comité, conforme a las bases que expida la contraloría
- Autorizar los casos de reducción del plazo para la presentación y apertura de proposiciones en licitaciones publicas.

El comité de adquisiciones, en el caso de las dependencias se integra, de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como sigue:

El comité en las dependencias se integrará con los miembros siguientes:

Con derecho a voz y voto:	Sin derecho a voto, pero con voz, los asesores siguientes:
A. El oficial mayor, quien lo presidirá;	A. Un servidor público designado por el área jurídica;

B. El titular del área responsable de la administración de los recursos materiales, quien fungirá como secretario ejecutivo, y

C. Los vocales siguientes:

1. El titular del área administrativa de cada subsecretaría;

2. El titular del área de programación y presupuesto;

3. El titular del área responsable de la administración central de la administración central de los almacenes, y

4. Los titulares de otras áreas que el comité considere estrictamente necesario formen parte del mismo, cuando tengan relación con la generalidad de los asuntos materia del comité.

B. Un servidor público designado por el órgano interno de control;

C. En su caso, un servidor público designado por el área normativa de la Contraloría, y

D. Invitados; los servidores públicos cuya intervención considere necesaria el secretario ejecutivo, para aclarar aspectos técnicos o administrativos relacionados con los asuntos sometidos a la consideración del comité.

El comité en las entidades se integrará en la forma y con los miembros que tengan los niveles o categorías equivalentes a las citadas en este artículo.

Los integrantes del comité con derecho a voz y voto podrán designar por escrito a sus respectivos suplentes, los que deberán tener el nivel jerárquico inmediato inferior, y sólo podrán participar en ausencia del titular.

La responsabilidad de cada integrante del comité quedará limitada al voto o comentario que emita u omita, en lo particular, respecto al asunto sometido a su consideración, con base en la documentación que le sea presentada. En este sentido, las determinaciones y opiniones de los

miembros del comité, no comprenden las acciones u omisiones que posteriormente se generen durante el desarrollo de los procedimientos de contratación o en el cumplimiento de los contratos.

La Contraloría tomando en cuenta las características y necesidades de las dependencias y entidades, previa justificación de éstas, podrá autorizar por escrito que el comité se integre en forma distinta a la establecida en este Reglamento.

Integración del Comité de Adquisiciones.

Con voz y voto.	Con voz y voto.
<p>Dependencias.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Presidente: Oficial Mayor. • Secretario Ejecutivo encargado de la DRM. • Vocales: DGPOP. • Área de contratación. 	<p style="text-align: center;">Entidades.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encargado de ejecución de obras. • Área de recursos materiales. • Área de programación y presupuesto. • Área de contratación.

Con voz.	Con voz.
<ul style="list-style-type: none"> • Asesores. • Área jurídica. • OIC. • Área normativa de la contraloría. • Invitados especiales. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asesores. • Área jurídica. • OIC. • Área normativa de SECODAM. • Invitados especiales.

La responsabilidad de cada integrante del comité queda limitada al voto o comentario que emita u omita, en lo particular, respecto al asunto sometido a su consideración, con base en la documentación que le sea presentada. En este sentido, las determinaciones y opiniones de los miembros del comité, no comprenden las acciones u omisiones que posteriormente se generen durante el desarrollo de los procedimientos de contratación o en el cumplimiento de los contratos.

Los integrantes del comité, de acuerdo al artículo 15 del reglamento de la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, tienen las siguientes facultades:

- I. **Presidente:** autorizar las convocatorias y órdenes del día de las reuniones ordinarias y extraordinarias, presidir las reuniones del comité, así como convocar a sus miembros cuando sea necesario;
- II. **Secretario ejecutivo:** vigilar la elaboración y expedición de las convocatorias, órdenes del día y de los listados de los asuntos que se tratarán, incluyendo los soportes documentales necesarios, así como remitirlas a cada integrante del comité. Así mismo, deberá cuidar que los acuerdos del comité se asienten en los formatos respectivos, y levantar el acta de cada una de las sesiones, vigilando que el archivo de documentos esté completo y se mantenga actualizado;
- III. **Vocales:** en su caso, enviar al secretario ejecutivo antes de la reunión, los documentos de los asuntos que se deban someter a la consideración del comité; analizar el orden del día y los documentos sobre los asuntos a tratar, así como pronunciar los comentarios que estimen pertinentes, y
- IV. **Asesores:** proporcionar la orientación necesaria en torno a los asuntos que se traten, de acuerdo con las facultades que tenga conferidas el área que los haya designado.

Ahora bien, el artículo 16 del reglamento en comento señala las facultades del comité que son:

- I. Las establecidas en el artículo 22 de la Ley, en este Reglamento y demás disposiciones derivadas de dichos ordenamientos;
- II. Establecer subcomités de adquisiciones, arrendamientos y servicios cuando se justifique, determinando su integración, operación y funciones, así como los límites de responsabilidad respecto de los asuntos que puedan conocer dentro de sus áreas de influencia, y la forma y términos en que deberán informar al propio comité en forma trimestral de cada asunto que dictaminen;
- III. En los casos en que se estime necesario, autorizar la creación, integración y funcionamiento de subcomités encargados de la revisión de bases de licitaciones e invitaciones, mismos que quedarán integrados por los servidores públicos que determine el propio comité, y

IV. Aprobar el programa de aseguramiento de bienes patrimoniales de la dependencia o entidad, y vigilar que las pólizas de seguros se contraten de acuerdo al mismo.

Las demás funciones del comité serán establecidas en el manual de integración y funcionamiento que para tal efecto emita, debiendo en todos los casos ajustarse a lo previsto en la Ley y este Reglamento.

Respecto a las reuniones del comité el artículo 17 el reglamento en comento señala que son ordinarias, que se celebran una vez al mes, salvo que no existan asuntos a tratar y que en casos justificados se realizan reuniones extraordinarias, que es necesario que se celebren con por lo menos la mitad más uno de los miembros con derecho a voto y que siempre se requiere de la presencia del presidente del comité o de su suplente pues de lo contrario la reunión no puede llevarse a cabo.

Así bajo este esquema los servidores públicos involucrados en los procesos de adquisiciones, arrendamientos y satisfacción de servicios se sujetan además de a lo señalado en la propia ley y su reglamento, a las políticas, bases y lineamientos de sus dependencias que representan el instrumento que regirá los procedimientos, para también poder cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el gobierno federal.

CAPITULO TERCERO.

LA FIANZA EN LOS CONTRATOS DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS O SERVICIOS.

La ley, determina y regula tres tipos de contratos administrativos: el de adquisición de bienes muebles, el de arrendamiento de bienes muebles y el de servicios relacionados con bienes muebles.

La doctrina del derecho administrativo estima que por su cuantía y frecuente celebración, el contrato de adquisición de bienes muebles y el contrato de obra pública, son los más importantes que utiliza la Administración Pública para asegurar *"el régimen de los servicios públicos y la realización de los fines del Estado"*³⁹.

La adquisición que realiza la administración pública es un acto jurídico a través del cual se incorporan al patrimonio público federal, bienes muebles para la satisfacción de necesidades públicas.

El contrato de adquisición de bienes muebles que realizan las dependencias y entidades federales, es un contrato, celebrado en ejercicio de la función administrativa con una finalidad de interés público.

Sobre el concepto, el licenciado Jorge Fernández Ruiz explica que: *"A falta de una definición legal, en una primera aproximación en la penumbra de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se puede explicar el contrato de adquisición de bienes muebles, como aquel de carácter administrativo, en cuya virtud una persona llamada proveedor se obliga a transferir la propiedad de uno o varios muebles al Estado, o a alguna de sus personas de derecho público, para el logro de sus fines, quien a su vez se obliga a pagar un remuneración en dinero"*⁴⁰.

En la practica, el Estado puede obtener los bienes muebles que requiera para el logro de sus fines, bajo dos contratos administrativos diferentes: el de suministro y el de compraventa. La ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público admite dos clases o

³⁹ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo Segundo Curso, 20ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 2000, p.17.

⁴⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 2000, p. 305.

modalidades del contrato de adquisiciones de bienes muebles: el contrato abierto de adquisición de bienes muebles, que en ciertos casos puede equipararse al contrato administrativo de suministro y el contrato cerrado de adquisición de bienes muebles, equivalente a un contrato administrativo de compraventa.

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, estaremos frente a un **contrato abierto** de adquisición de bienes muebles, cuando la administración pública contrate en ejercicio de función administrativa, sin precisar la cantidad exacta, solo estableciendo una cantidad mínima y otra máxima de los bienes por adquirir, o bien el presupuesto mínimo y el máximo que podrá ejercerse en la adquisición. En ambos casos se deberá hacer una descripción completa de los bienes por adquirir relacionada con sus correspondientes precios unitarios.

Los contratos abiertos de adquisición de bienes muebles no podrán exceder el ejercicio fiscal en que sean celebrados, salvo que previamente se obtenga autorización, en los términos de la ley de presupuesto, contabilidad y gasto público federal, para afectar recursos presupuestales de años posteriores, sin que en tales casos pueda exceder de tres ejercicios fiscales.

El contrato abierto de adquisiciones de bienes muebles que prevé la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, puede llegar a identificarse con el contrato administrativo de suministro, al que un sector de la doctrina ha interpretado como aquel por el cual el suministrador se obliga, mediante una remuneración, a proveer al suministrado, bienes muebles. En opinión de algunos autores también puede versar sobre servicios, con entregas sucesivas, periódicas o continuadas, cuya cuantía puede no precisarse de antemano. Existe contrato de suministro, de abastecimiento o de provisión cuando la administración pública conviene con una persona o entidad en que éstos le provean de ciertos elementos mediante un precio que les abonará. Es una compra de efectos necesarios para el desenvolvimiento de la administración pública, por ejemplo la provisión de combustible para aeronaves del estado: de elementos alimenticios para un regimiento, suministro de armas, ropas, mercaderías, forrajes, etcétera. Al respecto el licenciado Arce Gargollo señala que: "*los contratos de suministro cuyo objeto es la prestación de cosas o servicios al Estado son regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*"⁴¹.

⁴¹ Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, 2ª ed., Editorial Trillas, México, 1993, p.63.

En cuanto al **contrato cerrado** de adquisiciones de bienes muebles, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, no hace referencia expresa, por lo que sencillamente se puede entender como cerrado al contrato que no sea abierto; estamos hablando, pues, del contrato de compraventa administrativa o, como se deduce de la Ley de Adquisición Arrendamientos y Servicios, contrato cerrado de adquisiciones de bienes muebles, esto es *"el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o un derecho a otra llamada comprador mediante el pago de un precio cierto y en dinero"*⁴².

Ahora bien, con respecto al contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles, la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público contempla dos tipos fundamentales de contratos de arrendamiento de bienes muebles: **el ordinario y el de arrendamiento financiero**.

En términos generales, se entiende por contrato administrativo de arrendamiento **ordinario** de bienes muebles, aquel celebrado entre uno o varios particulares y la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, mediante el cual ambas partes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la otra, al pago por ese uso o goce, de un precio cierto, para satisfacción del interés público.

El régimen jurídico del contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles, viene a ser idéntico al del contrato administrativo de adquisiciones de bienes muebles, ambos se rigen por los artículos 126 que establece que no podrá hacerse pago alguno que no este comprendido en el presupuesto o determinado por la ley posterior y el artículo 134 constitucionales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y subsidiariamente por el Código Civil Federal.

En cuanto al contrato administrativo de **arrendamiento financiero** de bienes muebles, en opinión del maestro Javier Arce Gargollo *"su nacimiento obedeció a necesidades financieras de los arrendatarios que, a través de este medio, obtenían la utilización de bienes sin ser propietarios y con un menor desembolso de fondos"*⁴³.

⁴²Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil Volumen IV, 28ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, p.45.

⁴³ Arce Gargollo, Javier, ob. cit., p.87.

El también llamado leasing encontró desde sus inicios una gran aceptación en el medio empresarial, por autofinanciar el aprovechamiento productivo de bienes mediante módicos desembolsos periódicos, a los que se agrega la posibilidad de adquirir la propiedad del bien, al término del contrato, con el pago de un precio simbólico.

El Código Fiscal de la Federación nos da una definición del contrato de arrendamiento financiero al señalar que es el contrato por el cual una persona se obliga a otorgar a otra el uso o goce temporal de bienes tangibles a plazo forzoso, obligándose esta última a liquidar, en pagos parciales como prestación, una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y a adoptar al vencimiento del contrato, alguna de las opciones terminales que establece la ley de la materia.

Así mismo, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito en su artículo 25 señala que, por virtud del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales señaladas en el artículo 27 de la ley en comento y que son:

- La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición.
- A prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo.
- A participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero.

Por su parte, el contrato de prestación de servicios se define como aquel celebrado por una dependencia o entidad de la administración pública en ejercicio de la función administrativa, con un proveedor particular, a efecto de que este realice determinada actividad técnica, no relacionada con la obra pública, destinada a satisfacer un requerimiento específico de la dependencia o entidad, en aras del interés público.

Es regulado en términos similares a los contratos de adquisición y de arrendamiento de bienes muebles y en el artículo 3 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público se incluyen como servicios:

- Los servicios relacionados con bienes muebles que se encuentran incorporados o adheridos a inmuebles, cuya conservación, mantenimiento o reparación, no impliquen modificación alguna al propio inmueble.
- La reconstrucción, reparación y mantenimiento de bienes muebles, maquila, seguros, transportación de bienes muebles, contratación de servicios de limpieza y vigilancia, así como los estudios técnicos que se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles.
- En general, los servicios de cualquier naturaleza salvo los relacionados con la obra pública cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, que no se encuentren regulados en forma específica por otras disposiciones legales.

Los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos y servicios serán adjudicados por las dependencias y entidades federales mediante los procedimientos de licitación pública, invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa en donde deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías.

Respecto a las garantías, son de tres tipos: de cumplimiento, de anticipo y de buena calidad y/o vicios ocultos. Estas, para realizarse, responden a una condición suspensiva, esto es, la realización de un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la existencia o resolución de una obligación. En este caso si se realiza el incumplimiento se presenta la garantía en cualquiera de las formas ya mencionadas.

I. Garantía de cumplimiento.

Se entiende por cumplimiento de una obligación derivada de la celebración de un contrato, la realización de la prestación a que esta obligado el deudor en favor del acreedor. El efecto natural de esta relación es el cumplimiento, esto es, la realización de la prestación por el deudor en favor de su acreedor. De esta manera, realizada la prestación el deudor ha cumplido. Deja de ser deudor. Ya no debe. La obligación se ha extinguido en su forma normal, por cumplimiento.

Dentro de la técnica jurídica, cumplimiento de la obligación significa, la extinción de la misma por haberse alcanzado los fines por los cuales surgió. Desde este punto de vista, pueden darse dos clases de cumplimiento: el voluntario y el forzoso. El deudor puede voluntariamente realizar la conducta debida, la prestación, en cuyo caso el cumplimiento es la forma normal de extinguir la obligación. Puede también el deudor rehusarse a cumplir voluntariamente. En este supuesto el orden jurídico protege los derechos del acreedor poniendo a su disposición la intervención de los órganos judiciales mediante los cuales podrá obtenerse el cumplimiento forzado de la obligación a costa del patrimonio del deudor, dando así satisfacción a los derechos del acreedor. El cumplimiento forzado será un cumplimiento anormal, más la obligación quedará extinguida por cumplimiento.

En materia de responsabilidad contractual, se distingue claramente los efectos del incumplimiento, separando el concepto de daño entendido como "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación" (artículo 2108 del Código Civil Federal) de la idea de perjuicio como "privación de cualquiera ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación" (artículo 2109 del Código Civil Federal).

Considerando lo anterior, los organismos públicos, de conformidad con los ordenamientos legales aplicables, están obligados a exigir a los terceros con los que celebren algún tipo de acto jurídico o contrato la prestación de una garantía, que respalde el cabal cumplimiento de las diversas obligaciones que adquieran contractualmente de conformidad con el objeto o concepto que les de origen.

Asimismo, tienen la obligación de vigilar que tales garantías satisfagan los requisitos legales establecidos y que sus importes cubran los montos establecidos en las políticas, bases y ineamientos de cada entidad o dependencia del gobierno federal.

Dentro de las obligaciones que deben garantizarse por los terceros en los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios se encuentra el garantizar el debido **cumplimiento** de las obligaciones derivadas de dichos contratos.

Para ello, los contratistas deben cumplir con una serie de obligaciones dentro de las cuales se encuentra el determinar la forma y los términos para garantizar los anticipos y el cumplimiento de las obligaciones pactadas, esto de acuerdo con el artículo 45 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que establece que los contratos de adquisiciones,

arrendamientos y servicios contendrán, como mínimo la autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato, la indicación del procedimiento conforme al cual se llevo a cabo la adjudicación del contrato, el precio unitario y el importe total a pagar por los bienes o servicios, la fecha, lugar y condiciones de entrega, porcentaje, numero y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen, **la forma y términos para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato**, el plazo y condiciones de pago del precio de los bienes o servicios, la precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este ultimo caso, la formula o condición en que se hará y calculara el ajuste, las penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o servicios, por causas imputables a los proveedores, así mismo la descripción pormenorizada de los bienes o servicios objeto del contrato, incluyendo en su caso la marca y modelo de los bienes, y salvo que exista algún impedimento, la estipulación de que los derechos de autor u algún otro derecho exclusivo derivados de consultorías, asesorías, investigaciones contratados se constituirán a favor de la federación.

Así mismo, el artículo 48 fracción segunda de la ley en comento señala las condiciones a las que deberá sujetarse la garantía de cumplimiento. Establece que los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías. Respecto a este punto, el reglamento de la mencionada ley, en su artículo 2 fracción segunda señala que dichas formas y porcentajes se constituirán en las políticas, bases y lineamientos de las dependencias o entidades y que el monto de la garantía de cumplimiento, preferentemente, **no podrá ser inferior al diez por ciento ni superior al veinte por ciento** del monto total del contrato sin incluir el impuesto al valor agregado. Dichas garantías de conformidad con el artículo 49 de la ley de la materia establece que deben constituirse a favor de la Tesorería de la Federación en el caso de actos o contratos que se celebren con las dependencias y entidades del gobierno federal señaladas en el artículo 1 de dicha ley.

El artículo 53, señala que se deben pactar por parte de las dependencias y entidades penas convencionales a cargo del proveedor por atraso en el cumplimiento de las fechas pactadas para la entrega o la prestación del servicio las que no podrán ser superiores al monto de la garantía de cumplimiento del contrato y determinadas en función de los bienes o servicios no entregados o prestados oportunamente. Así mismo el artículo 64 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, señala que en las bases de licitación e invitaciones, así como en los contratos y pedidos se establecerán los casos concretos en los que procederá la aplicación de las penas convencionales por atraso en el cumplimiento de

las obligaciones y que estas quedarán condicionadas proporcionalmente al pago que el proveedor deba efectuar por penas convencionales. En las bases de licitación, invitaciones y contratos se puede establecer el límite del incumplimiento a partir del cuál procederán a rescindir el contrato.

La garantía de cumplimiento debe ser presentada a más tardar dentro de los diez días siguientes a la firma del contrato, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro de dicho plazo. En el caso de contratos abiertos, el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, señala que la garantía de cumplimiento del contrato deberá constituirse por el porcentaje que se determine del monto máximo total del contrato.

Cuando se presente el caso de un incumplimiento las dependencias y entidades pactan las penas convencionales a cargo del proveedor, dichas penas no deben exceder el monto de la garantía de cumplimiento del contrato y se determinaran dependiendo las características de los bienes o servicios que no fueron entregados o prestados en el plazo establecido.

El proveedor a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato deberá presentar a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato, póliza de fianza que se constituirá por un monto de entre el diez y el veinte por ciento. Dicha fianza deberá ser otorgada considerando todas y cada una de las condiciones establecidas en el contrato y sus anexos.

En caso de que sea concedida una prórroga o se concedan esperas para el cumplimiento del contrato garantizado y sus anexos, por lo general, la compañía afianzadora consiente en que la vigencia de la fianza quede automáticamente prorrogada, en concordancia con las prórrogas o esperas otorgadas.

En caso de incumplimiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis que señala que: "los contratos de fianzas son accesorios de las obligaciones que garantizan, de manera que si la obligación principal es susceptible de cumplirse en parcialidades, por considerarse divisible, lo correcto es que sólo se exija al fiador la proporción correspondiente al incumplimiento del obligado principal; empero, cuando la obligación principal es indivisible en razón de su objeto, o bien, porque las partes al momento de contratar así lo estipulen o, por último, que en caso de controversia el juzgador así lo determine, entonces la fianza será exigible en su totalidad debido a la imposibilidad de cumplimiento parcial de la obligación de naturaleza

indivisible. Por consiguiente, en aquellos casos en los que la fianza se expida para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de un contrato es incorrecto que la Sala Fiscal determine que existe un cumplimiento parcial del fiado y que en la misma proporción deberá exigirse la fianza, pues en este supuesto es indudable que se está en presencia de una obligación de carácter indivisible por convenio de las propias partes contratantes en donde no cabe oponer como excepción el cumplimiento parcial de las obligaciones del fiado y, por ende, de la afianzadora, sino que ante cualquier grado de incumplimiento de aquél procede el cobro de la fianza en su integridad⁴⁴

En este tipo de garantía, **por lo general**, la compañía afianzadora a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato observa lo siguiente:

1. Debe presentar a más tardar dentro de los 10 días naturales siguientes a la firma del mismo, póliza de fianza que se constituirá por el 10 por ciento del importe del contrato y que deberá ser otorgada atendiendo a todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato y sus anexos.
2. En caso de que sea prorrogado el plazo señalado para el cumplimiento de obligaciones o se concedan esperas para el cumplimiento del contrato garantizado y sus anexos, la compañía afianzadora consiente en que la vigencia de la fianza sea automáticamente prorrogada hasta en un 20 por ciento de la vigencia original del contrato.
3. La compañía afianzadora se obliga a pagar el 100 por ciento del importe garantizado en caso de incumplimiento a cualquiera de sus obligaciones estipuladas en el contrato.
4. La compañía afianzadora tendrá un plazo de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que se integre la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito a la beneficiaria la razones, causas o motivos de su improcedencia.

⁴⁴ Ejecutoria que dio lugar al criterio de jurisprudencia 6/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada en la página 39, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, correspondiente al mes de febrero de 1996.

5. El contratista, vendedor o proveedor acepta expresamente todas y cada una de las obligaciones establecidas a su cargo y que las mismas son indivisibles, por lo que las prestaciones contraídas solo son aprovechables si se rinden en su totalidad, y que en cualquier caso de incumplimiento, la fianza que garantiza el cumplimiento de dichas obligaciones se hará efectiva al 100 por ciento del importe afianzado no obstante el grado de cumplimiento obtenido en el contrato.

6. En el caso de que surja un caso de ampliación o exista alguna diferencia del plazo de entrega, el contratista, vendedor o proveedor debe entregar el documento modificatorio de la fianza de cumplimiento debiendo contener la estipulación de que es conjunto, solidario e indispensable de la fianza otorgada originalmente.

I. Garantía de anticipo.

El Diccionario de la Academia de la Lengua, indica como acepción de esta palabra, la de linero anticipado y en efecto, en su connotación jurídica se trata -casi siempre- de anticipar un numerario, ya sea por el deudor de una obligación que aún no vence, o como adelanto a cuenta de un precio a favor de quien recibe el anticipo. Esta acepción corresponde al derecho civil o común, que se aplica a otras ramas del derecho, tanto privado (derecho mercantil), como público (derecho administrativo y derecho fiscal).

En derecho civil, suele el anticipo ser causa del contrato de préstamo, así como de los contratos de garantía que normalmente acompañan a éste, tanto si ellos son reales (prenda, hipoteca), como personales (fianza) o mixtas (por ejemplo fideicomiso en garantía); e independientemente de que se trate de garantías civiles o mercantiles (como el aval), de que se documenten a través de contratos específicos, o de otros medios como en el endoso en garantía, el bono de prenda.

Para garantizar el anticipo o los anticipos que sean otorgados, los terceros presentan una copia de fianza emitida por una institución afianzadora legalmente constituida en la república mexicana, previamente a la entrega del mismo y a más tardar en la fecha establecida en el contrato y por la totalidad del monto del anticipo otorgado sin impuesto al valor agregado (I. V. A.) en atención a lo dispuesto por el artículo 48 de la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios al sector público.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en el artículo 31 fracción XIII establece que las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones publicas deben contener, en el caso de que sea entregado un anticipo, el porcentaje y el momento en que será entregado el mismo y que no excederá del **cincuenta** por ciento del monto total del contrato.

El artículo 32 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece al respecto que, los anticipos que sean otorgados por las dependencias y entidades deben ser **amortizados** proporcionalmente en cada uno de sus pagos a fin de garantizar la debida, correcta y total inversión, aplicación, deducción y devolución del mismo. Esta garantía debe ser constituida en la misma moneda en la que sea otorgado el anticipo y sus condiciones deben ser establecidas en las bases de licitación y en los contratos respectivos.

En este tipo de garantía, **por lo general**, la compañía afianzadora a fin de garantizar el o los anticipos otorgados, observa lo siguiente:

1. La garantía de anticipo se presentará en el caso de bienes cuyo proceso de fabricación sea superior a 90 días, otorgando el 20 por ciento del mismo, o de acuerdo con el artículo 31 fracción XIII de la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público anticipo cuyo porcentaje no podrá exceder al 50 por ciento del monto total del contrato.
2. Para garantizar la debida, correcta, total inversión, aplicación, amortización, deducción y devolución del o de los anticipos, el contratista, vendedor o proveedor debe a más tardar en la fecha de firma del contrato presentar fianza otorgada ante compañía afianzadora por el importe del anticipo entregado y de los intereses que en su caso generen.
3. El destino del anticipo será únicamente la realización del objetivo pactado en el contrato.
4. La fianza continuará garantizando el contrato cuando se otorgue al fiado prórrogas o esperas y quedará automáticamente prorrogada en concordancia con el nuevo plazo que se otorgara.

5. La fianza garantiza la devolución total o parcial del anticipo recibido si el propio fiado no lo invierte, aplica o amortiza total o parcialmente en el plazo y para el objeto establecido en el contrato.
6. Al igual que en la garantía de cumplimiento, la compañía afianzadora tendrá un plazo de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que se integre la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito a la beneficiaria las razones, causas o motivos de su improcedencia.

III. Garantía de buena calidad y/o vicios ocultos.

Garantiza la buena calidad y/o vicios ocultos de los bienes, mercancías o servicios hasta por un año posterior a la recepción total de trabajos, bienes o servicios.

Se presume que no existe buena calidad cuando se sufre un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento.

Los vicios ocultos, son los defectos no manifiestos, existentes al momento de la adquisición, arrendamiento o prestación de un servicio que provocan que lo contratado sea impropio para el uso al cual sería destinado y que de haber sido conocidos no se hubiere producido su compra, arrendamiento o solicitado el servicio.

En ambos casos se es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido.

La reparación del daño de acuerdo con el maestro Ernesto Gutiérrez y González, "*tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho ilícito*"⁴⁵.

Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido y sólo cuando la

⁴⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, ob. cit., p.798.

reparación o la restitución no son posibles, la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización, con la que se satisface el daño material causado.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público señala en su artículo 53 párrafo segundo que los proveedores quedan obligados ante la dependencia o entidad a responder de los defectos y vicios ocultos de los bienes y de la calidad de los servicios, así como de cualquiera otra responsabilidad en que hubieren recurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y en la legislación aplicable.

En este tipo de garantía, **por lo general**, la compañía afianzadora a fin de garantizar la buena calidad y vicios ocultos de los bienes y servicio contratados observa lo siguiente:

1. El contratista, comprador o vendedor debe presentar, a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la firma del contrato, póliza de fianza que se constituirá por el 10 por ciento del importe del contrato.
2. Dicha fianza deberá responder por los defectos y vicios ocultos de los bienes y de la calidad de los servicios prestados, así como de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido el fiado de las obligaciones derivadas del contrato.
3. La fianza responde tanto de los defectos y vicios ocultos de los bienes como de la calidad de los servicios prestados, así como de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido el fiado en términos de las obligaciones derivadas del contrato por un periodo de 12 meses contados a partir de que queden en operación los bienes suministrados o se concluya el servicio prestado o 18 meses después de la entrega de los bienes en su destino final.
4. La fianza garantiza también el correcto funcionamiento de los bienes o servicios objeto del contrato garantizado.
5. El contratista, vendedor y proveedor debe aceptar que queda obligado ante el beneficiario para responder de los defectos y vicios ocultos de los bienes y de la calidad de los servicios señalados en el contrato, por lo que este último podrá exigir al proveedor, que lleve a cabo las reparaciones necesarias o las reposiciones inmediatas que se requieran, mismas que serán realizadas por cuenta del

contratista, vendedor o proveedor que incumplió, ya que de lo contrario se podrá hacer efectiva la garantía.

IV. Modificaciones y convenios.

La Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo será la encargada de recibir por conducto de las dependencias y entidades la información relativa a los actos y contratos relativos a las adquisiciones, arrendamientos y servicios a través de medios magnéticos o remotos de comunicación electrónica, conforme a las disposiciones administrativas que establezca la propia controlaría, así mismo el artículo 56 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Dicha Secretaría puede de oficio o en atención a inconformidades, realizar las investigaciones que resulten pertinentes, a fin de verificar que los actos de contratación se ajusten a las disposiciones de la ley, dentro de un plazo que no excederá de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que tenga conocimiento del acto irregular. Transcurrido dicho plazo, debe emitir la resolución correspondiente dentro de los treinta días hábiles siguientes. Para ello la Secretaría podrá requerir información a las dependencias o entidades correspondientes, quienes deberán remitirla dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción del requerimiento respectivo. Una vez admitida la inconformidad o iniciadas las investigaciones, la contraloría deberá hacerlo del conocimiento de terceros que pudieran resultar perjudicados, para que manifiesten lo que a su interés convenga.

En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. En caso contrario, quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer ante los tribunales federales, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Al respecto el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece que cuando las dependencias y entidades convengan el incremento en la cantidad de bienes o servicios, solicitarán al proveedor la entrega de la modificación respectiva de la garantía de cumplimiento por dicho incremento, lo cual deberá estipularse en el convenio modificadorio respectivo.

El artículo 63 del citado reglamento, establece que previo al vencimiento de las fechas de cumplimiento estipuladas originalmente, a solicitud expresa del proveedor, y por caso fortuito o fuerza mayor, o por causas atribuibles a las dependencias y entidades, éstas podrán modificar los contratos a efecto de diferir la fecha para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios. En este supuesto deberá formalizarse el convenio modificatorio respectivo, no procediendo la aplicación de penas convencionales por atraso. Por el contrario cuando el atraso sea por causa imputable a éste, será acreedor a la aplicación de las penas convencionales.

En las bases de licitación e invitaciones, así como en los contratos y pedidos, de acuerdo con el artículo 64 del mencionado reglamento, se establecerán los casos concretos en los que procederá la aplicación de penas convencionales por atraso en el cumplimiento de las obligaciones, mismas que deberán referirse únicamente a los plazos pactados de entrega de los bienes o de prestación de los servicios. De igual manera, establecerán que el pago de los bienes y servicios quedará condicionado, proporcionalmente, al pago que el proveedor deba efectuar por concepto de penas convencionales, en el entendido de que en el supuesto de que sea rescindido el contrato, no procederá el cobro de dichas penalizaciones ni la contabilización de las mismas para hacer efectiva la garantía de cumplimiento. En las mismas bases de licitación se señalarán las causas por las que podrá ser rescindido el contrato.

En el caso de terminación anticipada de los contratos se sustentará mediante dictamen que precise las razones o las causas justificadas que den origen a la misma, conforme al artículo 66 de dicho reglamento y en caso de que existan gastos no recuperables, serán pagados dentro de un término que no podrá exceder de cuarenta y cinco días naturales posteriores a la solicitud fundada y documentada del proveedor.

En el caso de que las garantías otorgadas a favor de la federación se tengan que hacer efectivas por la tesorería o por los auxiliares al hacerse exigibles las obligaciones o los créditos garantizados el artículo 142 la Ley de Servicio de la Tesorería de la Federación señala que si las garantías se otorgaron con motivo de obligaciones contractuales, concursos de adquisiciones, concesiones, autorizaciones, prórrogas, permisos o por otro tipo de obligaciones no fiscales, en caso de incumplimiento del deudor, la autoridad que tenga a su cargo el control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado integrará el expediente relativo a la garantía para su efectividad, de conformidad con las disposiciones aplicables, con los originales o copias certificadas de los documentos que a continuación se indican:

- I. Aquél en el que conste el crédito u obligación garantizada;
- II. Documento constitutivo de la garantía;
- III. Justificante de la exigibilidad de la garantía, como resoluciones administrativas o judiciales definitivas y su notificación al obligado principal o al garante cuando así proceda, o acta de incumplimiento de obligaciones y liquidación por el monto de la obligación o crédito exigibles y sus accesorios legales, si los hubiere, y
- IV. Cualquier otro que motive la efectividad de la garantía.

La unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado mediante fianza deberá remitir la información y documentos solicitados a la tesorería, a más tardar en un plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento por parte del obligado y, por lo tanto, la garantía sea exigible, de acuerdo al artículo 143 de Ley de Servicio de la Tesorería de la Federación.

La unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o del adeudo garantizado deberá, además, marcar copia de la documentación señalada a la institución fiadora con la finalidad de que esta última pueda realizar el pago antes de que se le requiera.

La garantía de fianza, se hará efectiva por el importe del saldo insoluto de la obligación o crédito garantizados, como lo señala el artículo 147 de la mencionada ley.

7. Excepciones.

Como excepciones a las garantías, encontramos en el artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público señala que puede exceptuarse de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo cuando sean celebrados con fines exclusivamente militares o para la armada o sean necesarios para garantizar la seguridad interior de la nación, cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos, como personas físicas o morales y cuando se trate de servicios profesionales prestados por una persona física, siempre que éstos sean realizados por ella misma sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico.

También como excepción, el artículo 58 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de Sector Público señala que en los contratos que no requieran garantía de cumplimiento (como los ejemplos señalados anteriormente), deberá indicarse en las bases de licitación e invitaciones y en sus propuestas no deben incluir los costos por este concepto. En estos casos, el monto máximo de las penas convencionales por atraso será del veinte por ciento del monto de los bienes o servicios no entregados o prestados oportunamente.

VI. Otras.

Si bien la Ley de Servicio de la Tesorería de la Federación en su artículo 137 señala diversas formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones como son: depósito de dinero constituido a través de certificado o billete de depósito, expedido por institución de crédito autorizada; **fianza otorgada por institución autorizada**; depósito de dinero constituido ante la tesorería; cheque certificado o de caja expedido a favor de la tesorería; y cualquier otra que en su caso autorice la tesorería, nos referimos a la garantía fianza por ser esta la de mayor ámbito de aplicación.

Es importante señalar que en la administración pública la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece para garantizar las obligaciones derivadas de los contratos es la fianza. Al respecto, el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios establece que cuando la forma de garantía sea mediante fianza debe observarse que se otorga atendiendo a todas las estipulaciones contenidas en el contrato, que para liberar la fianza, será requisito indispensable la manifestación expresa y por escrito de la dependencia o entidad, que la fianza estará vigente durante la substanciación de todos los recursos legales o juicios que se interpongan y hasta que se dicte resolución definitiva por autoridad competente, y que la afianzadora acepta expresamente someterse a los procedimientos de ejecución previstos en la ley federal de instituciones de fianzas para la efectividad de las fianzas, aún para el caso de que procediera el cobro de intereses, con motivo del pago extemporáneo del importe de la póliza de fianza requerida.

Como fue señalado, las garantías, en sus diferentes formas, de cumplimiento, anticipo, calidad y vicios ocultos, se constituyen a favor de la Tesorería de la Federación cuando sean actos o contratos que se celebren con las dependencias, a favor de las entidades cuando sean actos o contratos a celebrarse con ellas y a favor de las tesorerías de los estados y municipios

uando sean actos o contratos celebrados con las mismas de conformidad con el artículo 49 del reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Así mismo, estas garantías deben atender a una serie de requisitos para poder ser administradas de manera efectiva. Dichos requisitos, señalados en el artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería y materia del siguiente capítulo son el calificar, aceptar, registrar, conservar en guarda y custodia, sustituir, cancelar, devolver y hacer efectivas, según proceda, las garantías que se otorguen a favor del gobierno federal, haciéndolo la tesorería, directamente o por conducto de los auxiliares facultados legalmente para ello.

CAPÍTULO CUARTO.

ADMINISTRACIÓN DE LA FIANZA.

I. Concepto de administración.

La palabra "administración", se forma del prefijo "ad", hacia, y de "ministratio". Esta última palabra viene a su vez de "minister", vocablo compuesto de "minus", comparativo de inferioridad, y del sufijo "ter", que sirve como término de comparación. La etimología nos da de la administración, la idea de que ésta se refiere a una función que se desarrolla bajo el mando de otro; de un servicio que se presta.

Para el maestro Rafael de Pina Vara, la administración es el: "*conjunto de actos mediante los cuales los órganos del Poder Ejecutivo atienden a la realización de los servicios públicos, la actividad dedicada al cuidado y conservación de un conjunto de bienes de cualquier naturaleza, ya sea pública o privada, con objeto de mantenerlos en estado satisfactorio para el cumplimiento de su destino*"⁴⁶.

La función administrativa que se realiza en un organismo social va dirigida y coordinada a lo que los demás efectúan. La sociedad de una manera sistemática se coordina con sus medios para lograr un bien común y es, por lo tanto, el objeto sobre el que recae la administración. De lo anterior, se deduce que el hombre busca, a través de la administración, satisfacer sus necesidades, mediante una serie de funciones que el sólo no podría realizar.

Las etapas de la administración en cualquier organismo son:

- La estructuración o construcción del mismo, para poder desarrollar las actividades o funciones del organismo.
- El desarrollo de las funciones, operaciones o actividades, que le son propias de una manera coordinada.

⁴⁶ De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1996, p.59.

La administración es "el conjunto sistemático para lograr la máxima eficiencia en las formas de estructurar y manejar un organismo social. La administración es la técnica de la coordinación"⁴⁷.

El fenómeno administrativo se da donde quiera que existe un organismo social, porque en él tiene siempre que existir coordinación sistemática de medios. La administración se da en el Estado en el ejército, en una empresa, etc. El éxito de un organismo depende, directa e inmediatamente, de su buena administración, de los elementos materiales y humanos con que este cuenta.

En el derecho, la administración juega un papel muy importante puesto que al aplicarla en una norma (norma administrativa) se busca la eficiencia dentro de un organismo social, por exigirlo el bien común. El derecho proporciona a la administración, la estructuración jurídica indispensable para que cualquier organismo social pueda ser administrado. La administración, a su vez, da al derecho la eficiencia jurídica de sus normas, sobre todo de aquellas que directamente tienden a la organización de la sociedad.

El concepto jurídico de administración compete a diversas ramas del derecho, tanto del público como del privado. Así, los constitucionalistas denominan "poder administrador" al Poder Ejecutivo. Y en un sentido más lato, es "*administrador todo funcionario o cuerpo colegiado que tiene a su cargo un sector de la administración pública (por ejemplo, el director de un ente autónomo o el titular de una institución descentralizada del Estado) dado que requiere de personas físicas que formen y exterioricen la voluntad del Estado*"⁴⁸.

II. Artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.

El artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación señala que la Tesorería, directamente o por conducto de los auxiliares facultados legalmente para ello, **calificará, aceptará, registrará, conservará en guarda y custodia, sustituirá, cancelará, devolverá y hará efectivas**, según proceda, las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal.

⁴⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 56.

⁴⁸ Fraga, Gabino, ob. cit., p. 132.

Esta serie de verbos nos indican cuales son los pasos a seguir para poder llevar a cabo una correcta administración de las fianzas para que en su momento se pueda realizar una efectiva reclamación de las mismas.

1. Calificar la garantía.

A groso modo, por calificar se entiende que es la apreciación, el examen, la comprobación de la legalidad de un instrumento ya sea público o privado para verificar su autenticidad. Del latín *qualificare*, es la apreciación de las cualidades o circunstancias en que se presenta un documento.

Al respecto, el artículo 138 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación en su fracción II señala lo que las entidades deben calificar la garantía para que las fianzas puedan ser consideradas validas, requisito indispensable para su efectiva reclamación, dado que en numerosas ocasiones la reclamación es ineficaz debido a la inexacta información en el contenido de las mismas.

Las entidades deben calificar las fianzas verificando que:

- No sea apócrifa.
- Su monto sea suficiente para cubrir el importe principal de la obligación garantizada y los accesorios causados durante la vigencia del contrato.
- Sea acorde con los términos de la obligación garantizada.
- Cumpla con todos los requisitos de forma que establezcan las disposiciones aplicables y
- Se expida o en su caso se transfiera a favor de la Tesorería.

2. Aceptar la garantía.

Aceptar, del latín *acceptare*, significa recibir voluntariamente y sin oposición lo que se da, ofrece o encarga, aprobar o dar por bueno algo que se recibe.

Para aceptar las fianzas es necesario que sea previamente calificada para que, una vez verificado la validez y legalidad de su contenido como el verificar que la misma cumpla con todos

los requisitos que la ley señala para dar por buena una garantía, de conformidad con el artículo 138 de la ley en comento en su fracción III que señala que se aceptará la garantía cuando sean recibidos los documentos constitutivos de las mismas o bien procederán a su rechazo en caso de que la garantía ofrecida no reúna los requisitos que señala la ley.

En tal caso la tesorería o el auxiliar que hubiere calificado la garantía deberá notificar dicha situación al deudor u obligado, es decir, al contratista o proveedor, haciéndole saber las causas del rechazo a fin de que, en un plazo no mayor de 5 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación, subsane los requisitos omitidos o bien ofrezca una nueva garantía para respaldar la obligación sin perjuicio de los plazos establecidos para la exhibición de la garantía.

3. Registrar y controlar la garantía.

Por registrar del latín *regesta, torum*, se entiende mirar, examinar algo con cuidado y diligencia, examinarlo comprobando las características que debe reunir, controlar es el inspeccionar en este caso la fianza para considerarla válida para que, llegado su momento, llevar a cabo una efectiva reclamación.

El artículo 138 de la citada ley en su fracción IV establece que se registrarán contablemente la garantías aceptadas siendo obligación del auxiliar de la entidad llevar un control con las estadísticas y reportes de movimientos mensuales de las garantías que califiquen y acepten, los cuales deberán estar disponibles para la Tesorería en cualquier momento. Dicho control puede ser:

- Por vencimiento de la obligación,
- Por contratista o proveedor,
- Por tipo de garantía (por institución que la otorgó),
- Por número de contrato o pedido, etcétera.

El llevar un correcto control y registro de las fianzas tomando en cuentas las características anteriores es una acción de vital importancia dado que se podrá ejercer el derecho de reclamación de una manera eficaz y eficiente para no caer en el supuesto de la caducidad.

4. Guarda y custodia de la garantía.

Guarda es la vigilancia y conservación de una cosa y custodia del latín *custodia, custodis* es la defensa y protección. En este caso, se trata del cuidado y la vigilancia que se debe tener para con las fianzas, esto, una vez realizado el control de las mismas, para impedir la ineficacia e incumplimiento de éstas.

Es la fracción V del artículo 138 de la ley en comento la que regula la guarda y custodia de las fianzas al indicar que se conservarán en guarda, custodia y administración las garantías aceptadas, en cuyo caso, el auxiliar que hubiere calificado y aceptado las mismas únicamente deberá remitirla a la Tesorería para hacerla efectiva en caso de verificarse el incumplimiento por parte del garante a la obligación garantizada, como veremos en el siguiente capítulo.

Como se puede apreciar es importante para poder tener una guarda y custodia eficaz de las fianzas llevar a cabo efectivamente la aceptación, calificación y el control y registro de las fianzas puesto que de otra forma la guarda y custodia será totalmente inútil dado que las fianzas estarán efectivamente al alcance de la Tesorería para su reclamación pero ésta podría no ser exitosa al tener la fianza un error en su información o al haberse presentado la caducidad.

5. Sustitución de la garantía.

Del latín *substitutio, tionis*, por sustituir se entiende el poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. En el caso del tema de este estudio esto puede presentarse por mostrarse problemas con el garante o por necesidades del contratista o proveedor.

Al respecto el artículo 51 de la Ley de Servicios de la Tesorería de la Federación en su fracción V señala que las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal pueden sustituirse, siempre y cuando no sean exigibles y las nuevas sean suficientes para la sustitución de las garantías pactadas en los contratos de adquisiciones.

6. Cancelación y devolución.

Por cancelar, del latín *cancellare* se entiende el anular, hacer ineficaz una obligación contraída con anterioridad. Por su parte, se entiende por devolver, del latín *devolvere* el volver algo a su estado anterior, el restituir algo a quien lo tenía antes.

Por lo que se refiere a cancelación de la garantía, el Reglamento de la Ley de Servicio de la Tesorería de la Federación en el artículo 139 señala que podrán cancelarse las mismas una vez realizados los actos o cumplidas las obligaciones contraídas a través de contratos administrativos, concursos de obras, de adquisiciones, permisos, anticipos, etcétera.

En caso de que se presente una devolución por haberse extinguido la obligación del contrato y por lo tanto la obligación de la fianza, *"el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que la devolución de una póliza de fianza a la Institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido salvo prueba en contrario"*¹⁹.

Es importante señalar que es requisito indispensable para liberar la fianza la manifestación expresa y por escrito de la dependencia o entidad.

7. Hacer efectiva la garantía.

Para poder llevar a cabo una efectiva reclamación de la garantía es necesario responder una serie de cuestionamientos como ¿que tipo de garantía se seleccionó ya sea cheque de caja o certificado, depósito de dinero en NAFINSA o TESOFE, carta de crédito (stand by) o fianza de conformidad con el artículo 137 del Reglamento de la ley del servicio de la tesorería de la Federación. Como el tema de esta investigación es la fianza, la siguiente pregunta sería ¿que tipo de fianza se contrato? pudiendo ser de cumplimiento, anticipo o buena calidad. ¿Fueron otorgadas correctamente? esto es, otorgadas a favor de la Tesorería de la Federación conforme a las disposiciones legales aplicables.

Es necesario también el verificar que la garantía otorgada cumpla con el importe principal de la obligación y sus accesorios causados durante la vigencia del contrato, que sea acorde con los términos de la obligación garantizada, que cumpla con todos los requisitos de forma que establece la ley y como se menciono anteriormente sea expedida a favor de la Tesorería puesto que de no cumplir con los requisitos anteriores procede a su rechazo.

¹⁹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coordinadora), Diccionario de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001,p.272.

En caso de rechazo, la Tesorería o el auxiliar que hubiere calificado la garantía deberá notificar dicha situación al deudor u obligado haciéndole saber las causas del rechazo para que, en un plazo que no excederá de cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación, subsane los requisitos omitidos o bien ofrezca una nueva garantía para respaldar la obligación, sin perjuicio de los plazos establecidos para la exhibición de la garantía.

Es importante llevar un registro contable de la garantía aceptada, siendo obligación del auxiliar de la dependencia respectiva llevar estadísticas y reportes de movimientos mensuales de las garantías que califiquen y acepten, los cuales deberán estar disponibles para la Tesorería en cualquier momento.

Finalmente como requisito es necesario el conservar en guarda, custodiar y administrar la garantía aceptada, en cuyo caso, el auxiliar que hubiere calificado y aceptado la garantía únicamente deberá remitirla a la Tesorería para hacerla efectiva en caso de verificarse el incumplimiento por parte del garante a la obligación garantizada.

Al respecto el artículo 142 del Reglamento de la Tesorería de la Federación señala que las garantías otorgadas a favor de la Federación se harán efectivas por la Tesorería o por los auxiliares al hacerse exigibles las obligaciones o los créditos garantizados.

Así mismo, señala que cuando las garantías se otorgaron con motivo de obligaciones contractuales, concursos de obra y adquisiciones, concesiones, autorizaciones, prórrogas, permisos o por otro tipo de obligaciones no fiscales, en caso de incumplimiento del deudor, la autoridad que tenga a su cargo el control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado integrará el expediente relativo a la garantía para su efectividad, de conformidad con las disposiciones aplicables, con los originales o copias certificadas de los siguientes documentos:

I. Aquél en el que conste el crédito u obligación garantizada;

II. Documento constitutivo de la garantía;

III. Justificante de la exigibilidad de la garantía, como resoluciones administrativas o judiciales definitivas y su notificación al obligado principal o al garante cuando así proceda, o acta de incumplimiento de obligaciones y liquidación por el monto de la obligación o crédito exigibles y sus accesorios legales, si los hubiere, y

IV. Cualquier otro que motive la efectividad de la garantía.

La unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado mediante fianza deberá remitir a la Tesorería la totalidad de la documentación señalada debidamente integrada, en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y demás disposiciones aplicables, a más tardar en un plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento por parte del obligado y, por lo tanto, la garantía sea exigible, de conformidad con el artículo 143 del citado reglamento.

Deberá, además, marcar copia de la documentación señalada a la institución fiadora con la finalidad de que esta última pueda realizar el pago antes de que se le requiera.

Como se puede apreciar la correcta administración de las fianzas por medio de su calificación, aceptación, registro, conservación en guarda y custodia, sustitución, cancelación, hará efectiva su reclamación, tema de estudio del siguiente capítulo.

CAPÍTULO QUINTO.

HACER EFECTIVA LA FIANZA.

I. Improcedencia.

Tal y como se ha señalado a lo largo de este estudio, la fianza tiene como primordial objetivo el garantizar una obligación, por lo que al presentarse el incumplimiento, debe realizar el propósito para el que fue creada, es decir, al constituirse como fiador del deudor principal, debe responder por la obligación que garantizó y por lo tanto efectuar el pago de la reclamación hecha por el beneficiario, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de forma para ejercer la acción de reembolso por tal incumplimiento demostrándolo con documentos fehacientes.

Es aquí donde la administración de garantías, tema estudiado en el capítulo anterior, es de vital importancia puesto que en el momento en que el deudor incumple con sus obligaciones, nace el derecho del acreedor, para reclamar la fianza de la que es beneficiario.

La improcedencia se presenta cuando la póliza de fianza no cumple con las condiciones que pide la ley como lo es el que el monto de la fianza sea suficiente para cubrir el importe principal y los accesorios causados durante la vigencia del contrato, que sea acorde con los términos de la obligación garantizada, que cumpla con todos los requisitos de forma que establecen las disposiciones aplicables y que sea expedida a favor de la Tesorería de la Federación, entre otros casos.

1. Caducidad y prescripción.

La Afianzadora puede liberarse de su obligación de pagar la responsabilidad asumida mediante la expedición de la póliza de fianza, de dos formas; ya sea por caducidad o por prescripción.

A. Caducidad.

Al respecto, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas regula la figura de caducidad al señalar que la misma se presentara, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha

en que la obligación garantizada se vuelva exigible, o bien, una vez que se cumple el plazo convencional pactado por incumplimiento del fiado. Señala también que una vez presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro de los plazos anteriormente señalados, nace su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se libera por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Por lo que a la Caducidad se refiere, el licenciado Gutiérrez y González la define como *"la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntariamente y conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso"*⁵⁰.

La caducidad para el licenciado Bejarano Sánchez es *"la decadencia o pérdida de un derecho nacido o en gestación, porque el titular del mismo ha dejado de observar, dentro de determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo"*⁵¹.

En materia de afianzamiento cuando se presenta la caducidad legal se observan dos situaciones, que sea otorgada por tiempo determinado y este no se realice dentro del mismo, en cuyo caso el beneficiario puede presentar su reclamación a la institución fiadora, siempre que no lo haga después de 180 días o del plazo convencional estipulado, de haber expirado la vigencia de la fianza. Por el contrario, si se presenta por tiempo indeterminado, el beneficiario también cuenta con un plazo de ciento ochenta días para hacer valer su derecho ante la Institución fiadora, pero dado que la vigencia de la fianza es por tiempo indeterminado, el término para que empiece a correr la caducidad, es a partir del día siguiente del incumplimiento, esto es, desde que sea exigible.

Respecto a la caducidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una serie de jurisprudencias al respecto:

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

⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, ob.cit., p. 1067.

⁵¹ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit., p. 516.

CUANTO PREVE LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES.

De la interpretación sistemática de los artículos 93, 93 bis, 94 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143, del Código Fiscal de la Federación, se advierte que la efectividad de las pólizas de fianzas expedidas por instituciones autorizadas, está sujeta a distintos tratamientos y procedimientos, atendiendo a la naturaleza de los sujetos beneficiarios y al tipo de obligaciones garantizadas. Así, cuando los beneficiarios son distintos de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, el procedimiento, previo a la efectividad de la fianza, está regulado en los artículos 93, 93 bis y 94 invocados, dentro del cual debe vencerse a la afianzadora, y comienza con la "reclamación" a la institución garante, que tiene el doble objeto de satisfacer un requisito previo necesario en virtud de que hace nacer el derecho para hacer efectiva la fianza, así como evitar la caducidad en favor de las instituciones afianzadoras, en términos del artículo 120 de la citada Ley. Otro procedimiento se establece cuando los beneficiarios de la fianza son la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, siempre que tratándose de la Federación, no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros; en esta hipótesis es opcional para los beneficiarios seguir los trámites de los artículos 93 y 93 bis, o hacer efectiva la fianza conforme al artículo 95 de la Ley en cita. Un procedimiento más, es el que establece el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, que opera tratándose de fianzas otorgadas a favor de la Federación, para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, y que se identifica con el procedimiento económico coactivo, en el que se aplican normas especializadas que configuran un procedimiento de excepción, congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones garantizadas, el interés social y las facultades de ejecutividad propias del Fisco. De lo anterior se sigue que si la caducidad a que se refiere el citado artículo 120 de la Ley en comento, es una figura que sólo opera dentro del procedimiento previsto por los artículos 93 y 93 bis, en el que debe vencerse a la institución afianzadora antes de hacer efectiva la fianza, ha de concluirse que no puede válidamente operar en el procedimiento administrativo de ejecución que establece el artículo 143 del Código Fiscal, que permite al Fisco empezar, no con la "reclamación", sino con el requerimiento de pago, puesto que no tiene necesidad de vencer previamente a dicha institución. En consecuencia, la caducidad, como medio de que las afianzadoras se liberen de su obligación de pago, es que prevé el multicitado artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es

inaplicable tratándose de las fianzas otorgadas en favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales de terceros.

Tesis de jurisprudencia 33/96. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión privada de catorce de junio de mil novecientos noventa y seis, por mayoría de tres votos de los Ministros: Juan Díaz Romero, Mariano Azuela Gúitrón y presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano quien emitió voto particular. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

No. Registro: 200,556.Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IV, Agosto de 1996. Tesis: 2a./J. 33/96. Página: 203

FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN, DISTRITO FEDERAL, ESTADOS O MUNICIPIOS, PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES DIVERSAS DE LAS FISCALES EN MATERIA FEDERAL A CARGO DE TERCEROS. DETERMINACIÓN DE LA APLICABILIDAD O INAPLICABILIDAD DE LA CADUCIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 86/95, de la que derivó la jurisprudencia 2a./J. 33/96, de rubro: "FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVÉ LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES.", interpretó el contenido de los artículos 93, 93 bis y 95 de la citada ley, en el sentido de que cuando los beneficiarios de una fianza son la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios, siempre que, tratándose de la primera entidad citada no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros, para hacer efectivas las fianzas es opcional para las entidades beneficiarias seguir los trámites previstos en los dos primeros preceptos legales mencionados, mediante la presentación de la reclamación respectiva ante la afianzadora como acto previo y necesario, para que, en caso de inconformidad con la improcedencia del pago que comunique aquélla, el beneficiario acuda al arbitraje ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o a los tribunales ordinarios, o bien, hacer efectiva la fianza a través del procedimiento consagrado en el diverso numeral 95 del propio ordenamiento, por conducto de la

autoridad ejecutora correspondiente. Asimismo, se estableció que la "reclamación" ante la institución fiadora, como requisito para interrumpir la caducidad y hacer efectiva la fianza, es únicamente aplicable al procedimiento ordinario o general regulado por los artículos 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Lo anterior lleva a la conclusión de que el artículo 120 de la ley de referencia que contempla la figura de la caducidad, será aplicable a las fianzas que garanticen obligaciones diversas de las fiscales federales otorgadas en favor de las entidades descritas, solamente cuando el beneficiario haya optado por exigir su pago mediante el procedimiento regulado en los numerales 93 y 93 bis invocados, mas resulta inaplicable cuando se haya acudido al previsto en el artículo 95 de la propia ley.

Contradicción de tesis 11/98. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Primer Circuito. 16 de noviembre de 2000. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

No. Registro: 190,713. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: P.J.J. 121/2000. Página: 12

Las jurisprudencias aquí transcritas nos indican que el plazo para que opere la caducidad es de 180 días contados a partir de que se vuelve exigible por incumplimiento del fiado la obligación garantizada, el ordenamiento jurídico que regula la figura de la caducidad es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 120, sin embargo, en tratándose de fianzas que se otorguen a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios que garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros la legislación aplicable es el Código Fiscal de la Federación. Así mismo, señalan que dependerá de la naturaleza de los sujetos beneficiarios y del tipo de obligaciones garantizadas el procedimiento de reclamación a seguir.

B. Prescripción.

Referente a la prescripción, la interrupción de la misma respecto de la deuda principal motivará, la interrupción de la fianza. El artículo 1172 del Código Civil Federal señala que la interrupción de la prescripción contra la deuda principal produce los mismos efectos contra su fiador.

La prescripción, es definida por el licenciado Manuel Bejarano Sánchez como: "*una institución de orden público que extingue la facultad de un acreedor que se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, a ejercer coacción legítima contra el deudor que se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción*"⁵².

Por su parte, el doctor Gutiérrez y González la define como: "*la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad de cumplir con su prestación o para exigir a la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede obrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que la ley otorga al acreedor para hacer efectivo su derecho*"⁵³.

El Código Civil Federal estatuye que la prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecida por la ley.

Es importante destacar que el factor tiempo juega un papel muy importante dentro de esta rama jurídica. El deudor debe hacer valer su derecho como una excepción y solicitar que el juez declare que el cobro ya no se le puede hacer en forma coactiva.

Para que se presente la prescripción se requieren tres elementos:

1. Que haya transcurrido determinado plazo, que para la materia de fianzas es el de tres años, o el de la obligación principal, el que resulte menor, según el citado artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
2. Que el acreedor hubiere observado una actitud pasiva, absteniéndose de reclamar su derecho en la forma legal durante todo el plazo. Es decir, que no haya presentado su reclamación a la institución fiadora en el plazo señalado con anterioridad.
3. Que el deudor se oponga oportunamente al cobro judicial extemporáneo o ejercite una acción para obtener la declaración correspondiente. En el caso de la prescripción en

Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª ed., Editorial, Harla, México, 2000,p.501.

Gutiérrez y González, Ernesto, ob. cit., p.1054.

materia de fianzas, quien debe oponerse es la institución fiadora, cuando el acreedor ejercite su acción, ya sea cuando le presente la reclamación, queja o demanda ante las autoridades competentes, argumentando que la misma se encuentra prescrita por haber transcurrido el plazo de tres años o el de la obligación principal, el que resulte menor, y que por lo tanto se considera improcedente efectuar el pago de su reclamación.

La prescripción empieza a computarse a partir de que se hace exigible la obligación, desde entonces comienza a correr y la misma se interrumpe con la presentación de la reclamación a la institución de fiadora, de acuerdo al artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Es importante señalar algunas de las jurisprudencias referentes al tema:

FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS. LA PRESCRIPCIÓN A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES SE RIGE POR LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone que las fianzas que las referidas instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas, a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 bis del mismo ordenamiento legal o de acuerdo con las bases que se desarrollan en el mismo artículo 95 y su reglamento, excepto las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación. Ahora bien, acorde a lo que ha sustentado esta Segunda Sala (jurisprudencia 33/96), para la efectividad de las pólizas de fianzas expedidas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros se actualiza un procedimiento especial en el que no se requiere la presentación de una reclamación ante la afianzadora, sino que se limita al requerimiento de pago y a la orden de remate, en bolsa, de valores propiedad de la institución de fianzas, en caso de que el pago no sea voluntario. Luego, si para que empiece a correr el término de la prescripción conforme al artículo 120 de la referida Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es necesario que se presente la reclamación y si en el procedimiento especial no se requiere la presentación de esa reclamación para cobrar la póliza, es claro que en estos casos no resulta aplicable el artículo 120, sino que opera la remisión del Código Fiscal de la Federación (artículo 146) para estimar

actualizada la figura de la prescripción. Lo anterior es así, porque si bien la Ley 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. Además, la locución "hacer efectiva" que se usa en el citado artículo 95, indica que la remisión del Código Fiscal de la Federación, se refiere a todo lo que es necesario atender a fin de lograr el cobro de la fianza, entre lo que se incluye, desde luego, la prescripción, pues obviamente, tal figura atañe al cobro de lo garantizado en la fianza.

Contradicción de tesis 49/2000. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Cuarto Circuito. 13 de septiembre del año 2000. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo.

Tesis de jurisprudencia 91/2000. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión pública del trece de septiembre del año dos mil.

No. Registro: 190,946. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Octubre de 2000. Tesis: 2a./J. 91/2000. Página: 286

PRESCRIPCIÓN. FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS. EL TÉRMINO PARA QUE OPERE A FAVOR DE LA INSTITUCIÓN GARANTE INICIA DESDE EL MOMENTO EN QUE LA OBLIGACIÓN A SU CARGO ES EXIGIBLE.

En la jurisprudencia 91/2000 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS. LA PRESCRIPCIÓN A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES SE RIGE POR LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.", se determinó expresamente que en tratándose de fianzas que se otorgan a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se estará a lo dispuesto por el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación; en el texto de la ejecutoria respectiva, la propia Sala consideró que en esos casos no se requiere la presentación de la reclamación que contemplan los numerales 93, 93 bis y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para cobrar la póliza y, en su caso, para que inicie el cómputo del término de la prescripción. A su vez, el artículo 143 del Código Fiscal de la

Federación que prevé el procedimiento especial para hacer efectivas las garantías constituidas para asegurar el interés fiscal, limita tal procedimiento al requerimiento que se hace a la afianzadora por el pago de lo garantizado y la orden de que se remate, en bolsa, valores de su propiedad en caso de que no se efectúe el pago, dada la unilateralidad y ejecutividad de que goza la autoridad para hacer efectivas las obligaciones garantizadas a favor de la Federación. De conformidad con el alcance de la jurisprudencia y el precepto citados, se considera que el término de cinco años que establece el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación para que opere la prescripción de la obligación de la institución garante, se inicia a partir del momento en que la garantía es exigible, según se haya estipulado en la póliza respectiva, o del incumplimiento del fiado con la obligación principal, sin que exista necesidad de que se determine crédito alguno a la afianzadora previo al requerimiento de pago de su obligación, porque las obligaciones de ésta tienen su límite y origen en el contrato de fianza respectivo, de manera que la institución garante y el fiado o deudor fiscal se obligan en términos diferentes. Por tanto, no es necesario que para el inicio del término de la prescripción respecto de la afianzadora, previamente se determine y notifique la obligación a cargo del fiado, como tampoco que se determine y notifique crédito alguno a la institución garante, como requisito formal previo al procedimiento previsto por el citado artículo 143 para la efectividad de las fianzas; aspecto que se corrobora por el hecho de que el contrato de fianza no pierde su naturaleza mercantil entre los contratantes, y de conformidad con el artículo 78 del Código de Comercio, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Incluso, el inicio del cómputo del plazo de la prescripción sin necesidad de requerimiento previo alguno, se justifica porque no puede dejarse al arbitrio de la autoridad determinar el tiempo en que empiezan a computarse los términos, pues pudiera transcurrir el tiempo que la autoridad fiscal quisiera, sin que ésta llevara a cabo actuación alguna para emitir la resolución en la que determinara un crédito fiscal o requerir por el pago del crédito garantizado, y sería a partir del momento en que la autoridad decidiera actuar, cuando comenzaría a correr el término para computar la prescripción, de manera ventajosa para la autoridad, lo que genera a la institución garante una incertidumbre jurídica que la deja en estado de indefensión, pues la negligencia de la autoridad de emitir y notificar en su caso la resolución respectiva, provoca un estado de indefensión a la afianzadora, quien no tiene la obligación de esperar indefinidamente a que la autoridad emita resolución cuando a su

antojo lo considere.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 504/2001. Chubb de México, S.A. de C.V. 31 de mayo de 2002. Mayoría de votos. Disidente: Tomás Gómez Verónica. Ponente: Sergio Eduardo Alvarado Puente. Secretaria: Erika Avilés Martínez.

No. Registro: 185,683. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Octubre de 2002. Tesis: III.2o.A.102 A. Página: 1423.

Las jurisprudencias referentes a la prescripción señalan que esta se regula por el artículo 20 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el plazo para que se presente es de tres años el transcurso del plazo legal para que prescriba la obligación garantiza, lo que resulte menor y debe empezar a computarse a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación garantizada no desde el momento en que se notifico el requerimiento de pago a la afianzadora pues la presentación de la misma solo interrumpe la prescripción. Así mismo al igual que en el caso de la aducidad, en el caso de fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros el ordenamiento legal aplicable es el Código Fiscal de la Federación.

Novación.

Del latín *novatio-onis*, de *novare*, la palabra novación deduce el hacer algo de nuevo, renovar. Según el artículo 2213 del Código Civil Federal, hay novación de contrato cuando las partes en el interesado lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua. En forma más exhaustiva la doctrina sostiene que es un contrato celebrado por las partes y una relación obligatoria cuya finalidad es substituir esa relación por otra que difiera de aquella en la prestación, en el objeto o en el título (llamada novación objetiva) o bien, en uno de los sujetos (llamada novación subjetiva), extinguiéndose la primera de ellas en el momento mismo en que, perfeccionándose el contrato novatorio, queda absorbida por la nueva.

El Código Civil se ocupa de la novación considerándola una forma de extinción absoluta de las obligaciones, al igual que la compensación, la confusión de derechos y la remisión de la deuda. Es una forma de extinción de una obligación que resulta de un convenio expreso entre las

partes y no del cumplimiento normal de la prestación prometida, que hace consistir exclusivamente en el pago.

Para el doctor Ernesto Gutiérrez y González⁵⁴, de la novación se desprenden los siguiente elementos:

1. La existencia de un obligación previa, que se extingue por la:
2. Creación de otra obligación.
3. Un elemento de esencia diferente entre la primera y la nueva obligación.
4. Exteriorización solemne de la voluntad de las partes o "*animus novandis*".

Para el maestro Rojina Villegas, la novación, en nuestro derecho, "*puede ser objetiva o subjetiva. En el primer caso la mutación es referida al objeto de la obligación o bien, a sus condiciones esenciales. En consecuencia, ella puede residir en la alteración de la prestación de dar, de hacer o de omitir alguna conducta. El cambio en las condiciones esenciales del objeto debe residir en una modalidad que revista precisamente esta característica, como afectar una obligación simple a condición suspensiva o resolutoria, porque la simple alteración del término o plazo no acarrea consigo la naturaleza esencial que la institución exige*"⁵⁵.

Los requisitos de la novación son los siguientes:

a) El consentimiento de las partes, que deberán expresar su voluntad clara de efectuar el cambio en la obligación originaria, salvo en el caso, donde no resulta necesario el consentimiento del deudor inicial.

b) La emergencia de un nuevo elemento en sustitución expresa del correlativo de la obligación anterior, que debe afectar forzosamente a una característica esencial del acto.

3. Otras.

Además de la prescripción, caducidad y novación, hay excepciones inherentes a la fianza que implican la nulidad relativa del contrato accesorio, por incapacidad, error, dolo, violencia o

⁵⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, ob.cit., p. 1094 y1095.

⁵⁵ Rojina Villegas Rafael, ob.cit.,p.351.

esión, cuando el fiado sufre de alguno de estos vicios, o bien, cuando no se cumplió con la forma de expedir la fianza.

También se presentan excepciones que implican la nulidad absoluta del contrato de fianza, por ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

Asimismo, puede provenir del pago de la obligación, del cumplimiento del plazo resolutorio, por la imposibilidad de ejecución por caso fortuito, la confusión, compensación o remisión entre el fiado y el acreedor.

Por pago, de acuerdo con el artículo 2062 del Código Civil Federal, se entiende el cumplimiento efectivo de la obligación, entregando una cosa, cantidad debida o realizando la prestación del servicio que se hubiere prometido, dando así por satisfecha la obligación que se hubiere contraído.

El plazo resolutorio es el acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la extinción de una obligación, por lo que al realizarse en el tiempo establecido da por extinguida la misma.

En el caso de presentarse la imposibilidad de ejecución de la obligación por caso fortuito, la persona obligada no puede cumplir con la conducta que debió realizar ya sea por un hecho de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad⁵⁶ que no se puede evitar.

Se presenta confusión, cuando se reúnen en una misma persona las calidades de fiador y acreedor, es evidente que la fianza se extingue, pero no la obligación principal, asimismo, sobreviene la extinción, si se reúnen en la misma persona las condiciones de deudor principal y fiador, pues solo subsiste la deuda y como sujeto responsable el obligado directamente, lo anterior conforme al artículo 2206 del Código Civil Federal, pero si la confusión cesa, la obligación renace y con ella la garantía.

En relación a la compensación, el artículo 2199 del Código Civil Federal, señala que el fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador. Según este precepto cuando el fiador sea demandado, si tiene conocimiento de que el acreedor es a su vez deudor de su

fiado, u obligado principal, deberá oponer la compensación, de la misma suerte que el deudor lo hubiere hecho.

Por otra parte, la remisión de deuda principal, extingue las obligaciones accesorias; dicha remisión es un acto jurídico unilateral, de tal suerte que no requiere del consentimiento del deudor, pudiendo en consecuencia aprovecharse de ella el fiador desde el momento mismo en que se haga.

Por remisión, la fianza se extingue, cuando el acreedor perdona o libera al fiador, es decir, la remisión de la fianza no extingue la obligación principal, pero sí representa la liberación del fiador.

4. Fundamentación y motivación.

La motivación y la fundamentación son requisitos establecidos en general para todo acto de autoridad por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y específicamente para las decisiones judiciales, así como por el artículo 14 de la misma ley fundamental. Por motivación se entiende la exigencia de que el juez examine y valore los hechos expresados por las partes de acuerdo con los elementos de convicción presentados en el proceso, esto es, las razones por las que se aplica la norma jurídica.

La fundamentación es la expresión de los argumentos jurídicos en los cuales se apoya la aplicación de los preceptos normativos que se invocan por el juzgador para resolver el conflicto. Fundar para el licenciado Carlos Arellano García *"es apoyar es una disposición normativa la actuación de la autoridad"*⁵⁷.

La fundamentación y motivación es necesaria al elaborar la notificación del requerimiento respectivo a la Institución de Fianzas, necesaria para que pueda efectuarse el pago de la reclamación.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una jurisprudencia que al respecto señala:

⁵⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. ob.cit., p. 633.

⁵⁷ Arellano García, Carlos, Teoría General del Proceso, 3ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1989, p.64.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA INADECUADA O INDEBIDA EXPRESIÓN DE ESTA GARANTÍA CONFIGURA UNA VIOLACIÓN FORMAL A LA LEY APLICADA.

La exigencia que establece el artículo 16 de la Constitución Federal en el sentido de que las autoridades funden y motiven sus actos queda satisfecha desde el punto de vista formal cuando se expresan las normas legales aplicables, así como los razonamientos tendientes a adecuar el caso concreto a esa hipótesis normativa. Ahora bien, tratándose de la debida motivación basta que la autoridad exprese los razonamientos sustanciales al respecto sin que pueda exigirse que se abunde más allá de lo estrictamente necesario para que se comprenda el razonamiento expresado. En este sentido, sólo podrá estimarse que se transgrede la garantía de motivación cuando dichos razonamientos sean tan imprecisos que no proporcionen elementos al gobernado para defender sus derechos, o bien, impugnar aquéllos. En consecuencia, si se satisfacen los requisitos esenciales de fundamentación y motivación de manera tal que el gobernado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad y quede plenamente capacitado para desvirtuarlos, pero se aplica indebidamente la ley, propiamente no se está en el caso de la violación a la garantía a que se refiere el artículo 16 citado, sino en presencia de una violación formal a la ley aplicada por la indebida o inadecuada expresión de esa fundamentación y motivación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 95/2003. Administrador Local Jurídico de Mérida. 30 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Luisa García Romero. Secretaria: Leticia Evelyn Córdova Ceballos.

Revisión fiscal 99/2003. Administrador Local Jurídico de Mérida, en representación de las autoridades demandadas, del Secretario de Hacienda y Crédito Público, y del Jefe del Servicio de Administración Tributaria. 30 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Jesús Hernández Moreno. Secretario: Jorge Salazar Cadena.

No. Registro: 182,181. Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales. Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Febrero de 2004. Tesis: XIV.2o.45 K. Página: 1061.

Esta jurisprudencia realiza la importancia de que la autoridad funde y motive sus actos expresando normas jurídicas aplicables y razonamientos que se adecuen al caso determinado, de manera tal, que el gobernado conozca la esencia de los argumentos legales en que se basan las resoluciones de la autoridad para poder desvirtuarlas.

Lo anterior debe ser tomado en cuenta por la autoridad al momento de elaborar el escrito de no aceptación a la reclamación de la fianza, respaldándose en un precepto legal, claro y equiparable al caso en concreto, exteriorizando las razones motivadoras de su proceder, con razones basadas en elementos con valor probatorio suficiente para demostrar su existencia.

Dicho escrito, de conformidad con el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debe formularse en un plazo de hasta 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación, resolviendo si procede el pago, el pago parcial pues a juicio de la institución afianzadora proceda parcialmente la reclamación, o bien el no pago, comunicando por escrito al beneficiario, las razones de su improcedencia.

II. Reclamación o requerimiento de pago.

Una vez analizado en capítulos anteriores, lo que es la fianza en general y sus elementos básicos, es momento de analizar lo que ocurre cuando el fiado no cumple con sus obligaciones ante el beneficiario que tiene como garantía una fianza.

La póliza de fianza, a diferencia de los títulos de crédito que son documentos autónomos que se necesitan para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, desprende de ella derechos para el beneficiario de la misma, que deben hacerse valer a través de los procedimientos que establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La reclamación es la facultad o derecho que da la ley a una persona física o moral, de derecho público o privado, para ejercitar ante una institución de fianzas con el fin de que cumpla con la obligación contraída mediante la póliza en sustitución del fiado o pagando las sumas de dinero que sean necesarias para resarcir el daño ocasionado por su incumplimiento.

Con el objeto de poder hacer valer esta facultad o derechos derivados de la póliza de fianza existen diversos procedimientos de reclamación que deben seguir los beneficiarios.

Es necesario tomar en cuenta que para poder formular la reclamación de la fianza es necesario:

1. La póliza de fianza.
2. Una obligación principal válida.

3. El incumplimiento de la obligación.

1. La póliza de fianza.

Las instituciones de fianzas asumen sus obligaciones mediante la expedición de pólizas de fianza las cuales deben estar numeradas y contener los requisitos que administrativamente fijan 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, como lo señalan los artículos 8 y 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el artículo 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

La póliza de fianza es la base jurídica sobre la cual se asienta la relación usuario-institución afianzadora, ya que establecen los términos y condiciones que habrán de regirla. Si bien es cierto que es esporádico que la póliza llegue a la CONDUSEF con carencias de tipo legal, la gran mayoría se encuentra redactada de manera tal que sólo un especialista financiero o un abogado podrían interpretarlo correctamente. La tarea de esta Comisión Nacional en relación con las pólizas de fianzas, ha versado particularmente en que las instituciones afianzadoras modifiquen la concepción que tienen respecto de estos documentos, desde el punto de vista de que deben ser redactados de manera clara para el usuario.

En caso de no contar con el original de la póliza de fianza. El beneficiario tiene derecho a exigir a la Institución de Fianzas que le sea expedido un duplicado de la póliza, para poder así formular su reclamación.

Como la póliza de fianza es el documento donde se hace constar la obligación de la Institución de Fianzas de garantizar una determinada obligación, la devolución que el beneficiario haga de la misma, crea la presunción legal de que la obligación de fiador se ha extinguido, salvo prueba en contrario.

Al respecto, existe la siguiente jurisprudencia que establece la importancia de la concordancia entre el contrato, objeto de la obligación principal y la póliza de fianza.

FIANZA, CONTRATO DE. INTERPRETACION.

El artículo 117, inciso c), de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las pólizas que expidan las compañías autorizadas contendrán las estipulaciones que convengan las partes, agregando que no podrán contravenir lo establecido en esa ley ni en la mercantil. Esta última, por su parte, tiene como supletorio el derecho común, de acuerdo con los artículos 2o. y 81 del Código de Comercio. Con base en esa supletoriedad, para fijar la interpretación de las pólizas de fianza es aplicable el artículo 1851 del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, conforme al cual, si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas; precepto este mismo que, en su segundo párrafo, dispone: "Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas."

Contradicción de tesis. Varios 360/72. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 14 de noviembre de 1973. Cinco votos. Ponente: Jorge Saracho Alvarez.

No. Registro: 237,116. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Séptima Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 59 Tercera Parte. Tesis: Página: 29. Genealogía: Informe 1973, Segunda Parte, Segunda Sala, página 40. Apéndice 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, tesis 466, página 339.

2. Obligación principal valida.

El contrato de fianza es por naturaleza un contrato accesorio por lo que su existencia y validez depende de una obligación principal, por ello es necesario que además acredite a la afianzadora la existencia plena de la obligación o contrato que se encuentra garantizando mediante la póliza de fianza por lo cual se requiere exhibir el documento en donde se contiene dicha obligación o contrato. La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente jurisprudencia que establece el carácter accesorio del contrato de fianza, el cuál deberá entenderse en los mismos términos del contrato principal, en virtud de que se otorgó para garantizar su cumplimiento.

FIANZA, EXIGIBILIDAD DE LA. DEBE ATENDERSE AL CARACTER ACCESORIO QUE GUARDA RESPECTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

El artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que en lo no previsto por esa Ley tendrá aplicación la legislación mercantil y el Título Decimotercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal. En este sentido es necesario atender al contenido del artículo 2842 del Código Civil para el Distrito Federal que se encuentra en el Título mencionado por el ordenamiento que rige a las instituciones de fianzas que dispone que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones. Del texto de este precepto se desprende el carácter accesorio que tiene el contrato de fianza respecto de la obligación principal, por lo tanto, si la obligación principal es divisible y se lleva a cabo un cumplimiento parcial de ésta, en la misma proporción debe extinguirse la obligación de la fiadora; por el contrario, si la naturaleza de la obligación es indivisible o las partes o el juzgador así lo determinan, dicha obligación no podrá considerarse cumplida si no se realiza en su totalidad y, consecuentemente, la fianza deberá ser exigible también en forma total. Es decir, dado el carácter accesorio del contrato de fianza, deberá entenderse en los mismos términos del contrato principal, en virtud de que se otorgó para garantizar su cumplimiento y, por lo tanto, deberá ser exigida atendiendo a la naturaleza divisible o indivisible de la obligación garantizada.

Contradicción de tesis 16/95. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Séptimo en Materia Civil del Primer Circuito. 23 de enero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretaria: Norma Lucía Piña Hernández.

No. Registro: 200,198. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, Febrero de 1996
Tesis: P./J. 6/96. Página: 39

. Incumplimiento de la obligación.

El incumplimiento de la obligación acarrea consecuencias, que se encuentran detalladas en el Código Civil Federal en el artículo 2104 al señalar que el que estuviere obligado a prestar un echo y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los años y perjuicios.

El contrato de fianza reviste la naturaleza de ser un contrato de garantía, pues en este contrato una persona llamada fiador se obliga a cumplir para el caso de que el deudor incumpla con la obligación garantizada; razón por la cual al surgir un incumplimiento por parte del deudor principal, es decir el fiado, la fianza se vuelve exigible y surge el derecho el beneficiario para hacer efectiva la garantía que ella contiene.

Por ello para poder formular una reclamación a la afianzadora es requisito indispensable que el deudor de la obligación garantizada, haya incumplido con las obligaciones que contrajo, razón por la cual es necesario demostrar a la afianzadora que el incumplimiento existe.

Para poder determinar si el deudor de la obligación principal ha incumplido, es necesario establecer si la misma se encuentra sujeta a plazo o a condición, es decir verificar si el plazo concedido para el cumplimiento de la obligación ha transcurrido o si la condición a la cual se encuentra sujeta la obligación se ha verificado. En otros casos es necesario analizar la naturaleza de la obligación garantizada para poder descubrir el incumplimiento del fiado.

4. Procedimiento.

El procedimiento varía según se trate de fianza otorgada a favor de un particular o una fianza otorgada a favor de la Federación. Este último punto es al que se atenderá por ser tema del presente estudio.

Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, se hacen siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que establece que las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, los municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 93 de la ley en comento, o bien, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1.- Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar en este caso, a la Tesorería de la Federación, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor.

2.- Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, 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. La autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones que le resulten aplicables,

procederá a requerir de pago, en forma personal, o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza. Tratándose del Distrito Federal, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo, las autoridades ejecutoras correspondientes.

3.- En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contado a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en la bolsa.

4- Dentro del plazo de treinta días naturales señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que se inconformó contra el requerimiento del mismo. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, 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;

5.- En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, demandará la improcedencia del cobro ante la sala regional del Tribunal Fiscal de la Federación, 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.

6.- El procedimiento de ejecución solamente terminará por una de las siguientes causas:

A).- Por pago voluntario.

B).- Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa.

C).- Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación, que declare la improcedencia del cobro.

D).- Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

Es importante analizar lo que regula el Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de instituciones de Fianzas, por ejemplo, en el artículo primero se señalan los documentos que las autoridades deben acompañar para acreditar el incumplimiento del fiado, y que son los siguientes:

1. Contrato o documento en que conste la obligación o crédito a cargo del fiado.
2. Póliza de fianza que garantizó el crédito u obligación de que se trate y , en su caso, los documentos modificatorios de la misma.
3. Acta levantada, con intervención de las autoridades competentes, donde consten los actos y omisiones del fiado, que constituyan el incumplimiento de las obligaciones o créditos garantizados.
4. Liquidación formulada, por el monto del crédito u obligaciones exigibles y sus accesorios legales si éstos estuvieran garantizados.
5. Si los hubiere, copia de la demanda, escrito de inconformidad o de cualquier recurso legal presentados por el fiado, así como copia de las sentencias o resoluciones firmes de las autoridades competentes y de las notificaciones que correspondan a éstas últimas.
6. Los demás documentos que estimen convenientes, así como los que soliciten, en este caso, la Tesorería de la Federación.
7. Oficio remisión de la autoridad judicial a la autoridad ejecutora enumerando los documentos que se citaron con anterioridad, el cual además deberá contener los siguientes datos:
 - Nombre de la autoridad u oficina remitente.
 - Lugar y fecha.
 - Nombre del fiado.
 - Importe de la obligación o crédito y, en su caso, con sus accesorios legales a cobrar.
 - Concepto de la obligación o crédito.
 - Fecha en que se hizo exigible la obligación o crédito a cargo del fiado.
 - Institución fiadora.
 - Número, fecha e importe de la póliza de fianza y, en su caso, de los documentos modificatorios de la misma.
 - Relación de los documentos de que formen el expediente, con respecto a la obligación o crédito de que se trate.
 - Nombre y firma del funcionario o jefe de la oficina, o de quien lo sustituya.

Asimismo, señala el artículo tercero de dicho reglamento que la autoridad ejecutora al recibir el expediente y oficio-remisión a que se refiere el artículo primero del citado reglamento, requerirá de pago en forma personal o bien por correo certificado con acuse de recibo a la institución fiadora de manera motivada y fundada⁵⁸, acompañando los documentos mencionados con anterioridad. En dicho requerimiento, la autoridad ejecutora deberá apercibir a la afianzadora de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento le sea notificado no hace el pago de las cantidades reclamadas, se le rematarán en bolsa, valores de su propiedad.

De tal forma que la institución de fianzas atendiendo a lo anterior, tiene un término de treinta días para efectuar el pago de la reclamación o en su defecto promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación contra el requerimiento formulado, ya que si la dependencia especializada de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que ordene a la institución u organismo que corresponda, al momento que la requiera para que acredite el pago o la demanda de su improcedencia del requerimiento, y si no tiene ninguno de los dos, se rematarán en bolsa valores de su propiedad o en su defecto se dispondrán de las inversiones de reserva de fianzas en vigor, en los términos del artículo 55, fracción IV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, suficientes para cubrir el importe de lo reclamado, mismo que se pondrá a disposición de la oficina ejecutora.

Ahora bien, si la institución de fianzas demanda la nulidad del requerimiento ante la Sala correspondiente del Tribunal Fiscal de la Federación, es su obligación comunicarlo a la autoridad ejecutora, solicitando la suspensión al procedimiento administrativo de ejecución iniciado por la misma.

Igualmente, si la afianzadora efectúa el pago del requerimiento formulado, deberá notificarlo a la autoridad ejecutora, así como a la beneficiario ante quien se expidió la póliza de fianza.

Una vez que la reclamación presentada por el beneficiario de la póliza ha sido procedente y pagada por la afianzadora, ésta deberá realizar inmediatamente las gestiones extrajudiciales que correspondan según el caso.

⁵⁸ Capítulo Quinto, p. 10.

En primer lugar, como la afianzadora tiene un plazo de 30 días para efectuar el pago al beneficiario, mientras expira dicho plazo, se debe comunicar con sus fiados a fin de que éstos le proporcionen los elementos fehacientes que acrediten la improcedencia de la reclamación. Cuando el fiado haga caso omiso a los requerimientos de la afianzadora, ésta efectuará el pago requerido por el beneficiario y procederá a entablar un juicio mercantil para recuperar del fiado lo que la afianzadora pagó por él. En este caso se habla de una recuperación judicial, que se somete expresamente a lo que establece el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que señala que el documento que consigne la obligación del fiado lleva aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente.

La vía procedente para ejercitar la acción antes mencionada es la vía mercantil, solicitando la providencia precautoria fundamentada en los artículos 97 y 98 de la citada ley, para efectos de que sean embargados precautoriamente bienes propiedad del fiado, suficientes a garantizar el monto demandado. Sin ser necesario por parte de la afianzadora otorgar garantía alguna para obtener la providencia antes citada, en virtud de que las instituciones de fianzas son de reconocida solvencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 segundo párrafo de la aludida ley.

Del mismo modo las pólizas de fianza mediante las cuales se garantizan cualquier clase de obligaciones frente a autoridades o entidades de la Federación, se pueden hacer efectivas de acuerdo con los procedimientos establecidos en el artículo 93 de la citada ley que señala que los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución de fianzas. En caso que está no le de contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el beneficiario puede, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de ley de la materia.

En las reclamaciones en contra de las instituciones de fianzas se observara lo siguiente:

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

La afianzadora tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. En este caso, el beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se entenderá por integrada la reclamación.

Si la institución afianzadora no hace uso del derecho a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá por integrada la reclamación del beneficiario.

Una vez 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 la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de la improcedencia.

Si a juicio de la afianzadora procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia. Si el pago se hace después del plazo referido, la institución deberá cubrir intereses, de conformidad con el artículo 95 bis que establece que si la institución de fianzas no cumple con las obligaciones asumidas en la póliza de fianza dentro de los plazos con que cuenta legalmente para su cumplimiento, deberá pagar al acreedor una indemnización por mora. Las obligaciones en moneda nacional se denominarán en Unidades de Inversión, al valor de éstas en la fecha del vencimiento de los plazos referidos en la parte inicial de este artículo 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. Además, la institución de fianzas pagará un interés moratorio sobre la obligación denominada en Unidades de Inversión, 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. Cuando la obligación asumida en la póliza de fianza se denomine en moneda extranjera, adicionalmente al pago de esa obligación, la afianzadora estará obligada a pagar un interés moratorio que se calculará 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. 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. Los intereses moratorios a que se refiere este artículo se generarán por día, a partir de la fecha del vencimiento de los plazos referidos en la parte inicial de este artículo 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.

Al respecto, las siguientes jurisprudencias que señalan que el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es el fundamento legal aplicable al cobro de dichos intereses:

FIANZAS. COBRO DE INTERESES POR PAGO EXTEMPORÁNEO. FUNDAMENTO.

El fundamento del requerimiento de intereses por pago extemporáneo de sus obligaciones no lo es el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, sino el diverso 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que se trata de una sanción sustantiva, no procedimental.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 194,999. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Diciembre de 1998. Tesis: I.7o.A. J/3. Página: 965.

PÓLIZA DE FIANZA, TRATÁNDOSE DEL COBRO DE INTERESES CAUSADOS POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE UNA, ES APLICABLE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Tratándose del cobro de intereses causados por el pago extemporáneo de una póliza de fianza, con la que se garantizó una obligación fiscal a cargo de terceros, no implica que después de un procedimiento de cobro, se deba atender exclusivamente a lo dispuesto en el Código Fiscal, sin que se pueda aplicar la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; toda vez que no debe perderse de vista que la aplicación del referido Código Fiscal, sólo regula el procedimiento de ejecución en tratándose de fianzas suscritas a favor de la Federación o de los Estados; circunstancia que no impide que

después de dicho cobro se puedan seguir ejerciendo los derechos que se consignan en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 192,282. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, Marzo de 2000. Tesis: I.7o.A. J/8. Página: 901.

FIANZAS. REQUERIMIENTO DE PAGO DE INTERESES. NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS EN CUANTO A LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN ANEXARSE AL REQUERIMIENTO RESPECTIVO.

Es verdad que el artículo 95, fracción II, párrafo segundo, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé que al requerimiento de pago deben acompañarse los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza; sin embargo, tal disposición sólo puede ser aplicable a ese tipo de requerimiento, y no al de intereses, ya que lo relativo a éstos, se encuentra regulado por el diverso numeral 95 bis del ordenamiento en cita, el que no prevé tal situación.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 190,907. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época.
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Noviembre de 2000. Tesis: I.7o.A. J/10. Página: 821.

FIANZAS, REQUISITOS PARA EL COBRO DE INTERESES DERIVADOS DEL PAGO EXTEMPORÁNEO DE LAS.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cobro de intereses generados por el pago extemporáneo de la póliza de fianza, será procedente siempre y cuando para su cálculo se aplique la fórmula que en la propia ley se establece y a saber corresponde a:

$$I = C (CCP \times 1.25) / 12$$

De donde:

I=Intereses a cargo de la afianzadora

C=Capital o importe de la fianza no cubierta en tiempo

CCP=Costo de captación a plazo denominado Udi del mes inmediato anterior al del que se devengaron los intereses

Es decir, el desfasamiento del tiempo será calculado de acuerdo a la fórmula de costo de captación a plazo (CCP) denominado en unidades de inversión Udi, cuyo valor será tomando de la fracción o mes anterior al en que se haya incurrido en mora y hasta el mes o fracción inmediato anterior en que se notifique el requerimiento de cobro, multiplicado por el 1.25% anual, del que se sacará la proporción del mes y días de demora en el pago; por ende, si el requerimiento de pago de intereses contiene la aplicación y desarrollo de la fórmula citada, es de considerarse que se ajusta a derecho.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 190,571. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Enero de 2001. Tesis: I.9o.A. J/1. Página: 1580.

Cuando el beneficiario no esta conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, puede a su elección, acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuario de Servicios Financieros a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

Para presentar una reclamación ante Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros es necesario elaborar un escrito dirigido a la misma ya sea a la Dirección General de Conciliación y Arbitraje, tratándose de oficinas centrales, o a la Delegación Estatal correspondiente de acuerdo al domicilio del reclamante, el cual permitirá dar inicio al procedimiento conciliatorio a que se refiere la ley que la rige, y que debe cumplir con los siguientes requisitos y procedimientos:

I. Nombre y Domicilio del reclamante.

II. Nombre y Domicilio del representante o persona que promueva en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución (esto es, mediante poder notarial).

III. Descripción del servicio que se reclama y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación.

IV. Nombre de la Institución Financiera contra la que se formule la reclamación.

V. Documentación que ampara la contratación del servicio que origina la reclamación.

Asimismo, en dicho escrito se deben de señalar los fundamentos legales por los cuales se está presentando la reclamación: artículos 63 y 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, así como solicitar audiencia de conciliación.

La reclamación debe presentarse en oficinas centrales o en la Delegación Estatal, anexando 2 copias de todo el escrito de reclamación, una de las cuales servirá para correrle traslado a la institución afianzadora reclamada y la otra para acuse de recibo.

Es importante destacar que cuando la reclamación no cumpla con los requisitos señalados anteriormente, es obligación de la CONDUSEF, suplir cualquier anomalía del escrito formal de reclamación.

Una vez de que se haya presentado la reclamación, el área correspondiente de la Comisión analizará la misma, la cual determinará si es procedente o no.

En caso de que no proceda, se emitirá un acuerdo en donde se señalen las causas por las cuales no se puede dar inicio al procedimiento de conciliación, acuerdo que debe estar debidamente motivado y fundamentado.

Si procede la reclamación, se citará a una audiencia de conciliación dentro de los 20 días hábiles a partir de la fecha de presentación del escrito formal de reclamación, para lo cual el área correspondiente emitirá un oficio en donde se señalará la fecha de la audiencia, y en la cual se requerirá a la institución afianzadora para que rinda un informe el cual deberá responder de manera detallada y razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, en caso contrario dicho informe se tendrá por no presentado para todos los efectos legales a que

haya lugar. Asimismo se le informará al beneficiario de que en caso de que no acuda a la audiencia de conciliación y no presente dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para su celebración justificación de su inasistencia, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la CONDUSEF por los mismos hechos.

Sobre la CONDUSEF, se emitió la siguiente jurisprudencia que señala su naturaleza:

COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. EN EL PROCEDIMIENTO INSTAURADO PARA ATENDER LAS CONSULTAS Y RECLAMACIONES DE AQUELLOS, NO REALIZA FUNCIONES JURISDICCIONALES, SINO DE MERA CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

De lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, se desprende que la referida comisión tiene como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos de los usuarios frente a las instituciones financieras y arbitrar las diferencias, de manera imparcial, lo cual se traduce en la creación de esquemas de protección al público usuario de dichos servicios, como el procedimiento instaurado para atender las consultas y reclamaciones de aquellos usuarios, donde la comisión sólo puede actuar de manera limitada como conciliador y árbitro en la solución de conflictos, instancia que sólo constituye una vía de solución alterna a los procedimientos judiciales, para contribuir a eliminar las irregularidades que se cometan en la prestación de los servicios financieros, de manera que se trata de un medio organizado de heterocomposición voluntaria, en prevención de controversias judiciales entre las instituciones financieras y los particulares usuarios del servicio, esto es, el procedimiento que la mencionada ley prevé ante la referida comisión fue creado como un medio institucional de prevención de conflictos, porque la circunstancia de que, en el ámbito administrativo, el contenido de las funciones de conciliación y arbitraje, se defina más por la calidad de los particulares accionistas, que por la resolución objetiva de conflictos entre iguales, desde el punto de vista procesal, no es más que la manifestación tuitiva del Estado, a favor de los intereses más desprotegidos, lo cual se corrobora si se atiende a que así también acontece en el campo de la procuración de los consumidores, los trabajadores y los campesinos. Lo anterior implica que las funciones de conciliación no prejuzgan en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, ni el pronunciamiento de la citada comisión constituye una resolución jurisdiccional, pues sus efectos propios no coinciden con los de una

sentencia, y la consecuencia de ello es que el derecho de los usuarios y de las instituciones financieras permanece intacto y expedito para accionarlo ante las instancias judiciales; de ahí que la tramitación de la reclamación ante la citada comisión, no agrega ni disminuye el derecho de las partes. De lo anterior debe concluirse que el mencionado ordenamiento legal no autoriza a aquella comisión a ejercitar una función jurisdiccional, pues se trata sólo de una instancia de mera conciliación en el ámbito administrativo, tan es así que sus pronunciamientos carecen de la fuerza ejecutoria de una sentencia judicial, ya que se limitan a una decisión arbitral.

Amparo en revisión 15/2002. Aig México, Seguros Interamericana, S.A. de C.V. 12 de junio de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Teófilo Ángeles Espino.

No. Registro: 185,432. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Diciembre de 2002. Tesis: 1a./J. 84/2002. Página: 48

La jurisprudencia señala que la CONDUSEF tiene como objeto promover, asesorar, proteger y defender los derechos de los usuarios frente a las instituciones financieras y arbitrar las diferencias, de manera imparcial, la misma, actúa como arbitro y conciliador en el procedimiento de reclamación.

Como puede observarse, la administración de garantías es de vital importancia para poder realizar satisfactoriamente la reclamación puesto que si el beneficiario, en este caso la Federación, no presenta la documentación solicitada por la afianzadora, está emitirá un dictamen de improcedencia, alegando que el beneficiario no presentó los elementos necesarios para poder llevar a cabo la reclamación.

El correcto control y administración de las fianzas puede evitar que el procedimiento de reclamación resulte ineficaz y favorece a que las afianzadoras respeten en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento, guardando un equilibrio entre las partes y resolviendo conforme a derecho y actuando con mayor objetividad, imparcialidad y rapidez.

III. Requisitos para el requerimiento de pago.

Como ha podido observarse, es necesario que se presenten una serie de documentos ante la institución afianzadora para que ésta pueda proceder a realizar el pago.

A. Circular F-10.1.4.

Con fecha 13 de agosto de 2002, el Diario Oficial de la Federación publicó la circular F-10.1.4, que dejó sin efecto la circular la diversa circular F-10.1.4 de fecha 27 de octubre de 1999 mediante la cuál se dan a conocer disposiciones de carácter general sobre el registro de las reclamaciones recibidas, por las instituciones de fianzas. Dicha circular establece que las instituciones deben llevar al día el registro contable de las reclamaciones recibidas por las fianzas que se expidan, señala en su regla primera, que dichas instituciones deberán verificar que los escritos de reclamaciones contengan como mínimo una serie de datos, con el objeto de que tengan elementos para dictaminar su procedencia e improcedencia. La citada circular, intenta complementar el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señalando con que elementos debe hacerse el requerimiento de pago. Es importante el considerar que los requisitos, de ser efectivamente presentados, facilitarían el procedimiento de reclamación.

Los requisitos necesarios para el requerimiento de pago son:

1. Fecha de reclamación.
2. Número de póliza de fianza.
3. Fecha de expedición de la fianza.
4. Monto de la fianza.
5. Nombre o denominación del fiado.
6. Nombre o denominación del beneficiario.
7. Domicilio del beneficiario para oír y recibir notificaciones.
8. Descripción de la obligación garantizada.
9. Referencia al documento fuente.
10. Descripción del incumplimiento de la obligación garantizada acompañando la documentación que sirva como soporte para comprobar lo declarado.
11. Importe de lo reclamado.

De no contar con alguno de los requisitos enumerados, la reclamación debe registrarse como reclamación pendiente de integración.

Asimismo, establece que se debe llevar un control de los expedientes de reclamaciones, mismos que, deben contener los datos enumerados anteriormente, las fechas de pago o declaración de improcedencia según corresponda respaldada en la documentación comprobatoria pertinente.

Se intenta por medio de esta circular, realizar una administración de la fianza para el momento de la reclamación que, en mi opinión, de realizarse desde el momento mismo de la contratación de la misma y aunada a las disposiciones de esta circular agilizaría el procedimiento de pago, en su caso, de la fianza⁵⁹.

3. Artículos 142,143 y 147 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.

Para que la Tesorería de la Federación proceda a la cancelación de las garantías, en este caso de la fianza, toma en cuenta que sean realizados los actos o cumplidas las obligaciones y, en su caso, período de vigencia establecidos en contratos administrativos de adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas.

Una vez que la Tesorería y los auxiliares que han calificado, aceptado y tienen bajo guarda y custodia las garantías proceden a la cancelación de las mismas, debiendo realizar los registros y asientos contables correspondientes.

El artículo 142 del Reglamento de la ley del Servicio de la Tesorería de la Federación señala que las garantías otorgadas a favor de la Federación se hacen efectivas por la Tesorería o por los auxiliares al hacerse exigibles las obligaciones o los créditos garantizados.

Si las garantías se otorgaron con motivo de obligaciones contractuales, concursos de obra o adquisiciones, concesiones, autorizaciones, prórrogas, permisos o por otro tipo de obligaciones no fiscales, en caso de incumplimiento del deudor, la autoridad que tenga a su cargo el control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado integra el expediente relativo a la garantía para

⁵⁹ Vease anexo I.

su efectividad, de conformidad con las disposiciones aplicables, con los originales o copias certificadas de los documentos que a continuación se indican:

1. Aquél en el que conste el crédito u obligación garantizada;
2. Documento constitutivo de la garantía;
3. Justificante de la exigibilidad de la garantía, como resoluciones administrativas o judiciales definitivas y su notificación al obligado principal o al garante cuando así proceda, o acta de incumplimiento de obligaciones y liquidación por el monto de la obligación o crédito exigibles y sus accesorios legales, si los hubiere, y
4. Cualquier otro que motive la efectividad de la garantía.

El artículo 143 del reglamento en comento destaca que la unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado mediante fianza deberá remitir a la Tesorería la totalidad de la documentación señalada debidamente integrada, en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y demás disposiciones aplicables, a más tardar en un plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento por parte del obligado y, por lo tanto, la garantía sea exigible.

La unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o del adeudo garantizado deberá, además, marcar copia de la documentación señalada a la institución fiadora con la finalidad de que esta última pueda realizar el pago antes de que se le requiera.

Para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, una vez recibida la documentación a que se refiere el artículo 142 de este Reglamento, la Tesorería procederá conforme a lo siguiente:

1. Verificará el expediente respectivo comprobando que la documentación remitida se encuentre debidamente requisitada, esté completa y haya sido presentada en tiempo.
2. En caso de que se detecten errores o faltantes en la documentación remitida, la Tesorería le requerirá a la autoridad correspondiente la documentación faltante o la corrección de los errores detectados. Dicha autoridad contará con un plazo de quince días

naturales, contados a partir de la fecha de la notificación del requerimiento, para subsanar las irregularidades.

3. Procederá, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y demás disposiciones aplicables, a formular y notificar el requerimiento de pago a la institución fiadora, apercibiéndola de que en caso de que no pague dentro de los treinta días naturales siguientes a la notificación, solicitará el remate de valores en bolsa propiedad de dicha institución.

4. Después de notificada y dentro del plazo a que se refiere la fracción anterior, la institución fiadora deberá realizar el pago a favor de la Tesorería en las cuentas que esta última le indique para tal efecto.

5. Si dentro del plazo señalado en la fracción III de este artículo la institución fiadora llegare a impugnar el requerimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación por considerarlo improcedente, se suspenderá temporalmente el procedimiento de ejecución, hasta en tanto se dicte la resolución definitiva.

6. La Tesorería deberá vigilar el cumplimiento de la sentencia firme que declare la procedencia del cobro, el cual se sujetará a lo previsto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en lo relativo a la forma, tasas de interés aplicables, plazos para exigirlo y sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Finalmente el artículo 147 del citado reglamento hace mención de las garantías cuyo monto debe aplicarse parcialmente, recordando que la fianza únicamente se hace efectiva por el monto del saldo insoluto de la obligación o crédito garantizados.

Como puede observarse los procedimientos para exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas de una fianza ante una compañía afianzadora puede provocar confusiones y complejidad para el beneficiario que pretende su reclamación, por lo que es necesario un solo procedimiento con el objeto y hacer más expedito el derecho del beneficiario ante la afianzadora.

CONCLUSIONES.

- 1.- La fianza es un contrato de garantía, por naturaleza accesorio, razón por la cual su existencia depende a su vez de la existencia de un contrato principal.
- 2.- La emisión de fianzas permite que los beneficiarios obtengan firmeza en las operaciones que celebran con sus deudores, toda vez que, ante el incumplimiento de éstos, la afianzadora responde por la obligación asumida.
- 3.- Las fianzas administrativas garantizan el cumplimiento de obligaciones lícitas y posibles entre el Gobierno Federal y contratistas o prestadores de servicios por medio de contratos. La fianza administrativa es la más expedita por las instituciones afianzadoras del país.
- 4.- Las reclamaciones de las fianzas a favor de la Federación se formulan atendiendo a la naturaleza de las obligaciones garantizadas, procedimiento que es regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- 5.- Sin embargo es constante que al presentarse una reclamación de la fianza, ésta sea inoperante por lo meticuroso y excesivo de la documentación requerida, aunada a la mala administración que de la misma se presenta pues de realizarse conforme a lo establecido por el artículo 48 de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación estos casos se reducirían considerablemente.
- 6.- Por lo tanto, es fundamental contar con una correcta administración de las fianzas celebradas por el Gobierno Federal verificando que provengan de compañías afianzadoras legalmente establecidas, corroborando que las pólizas sean auténticas y se sujeten a todos y cada uno de las obligaciones contraídas en el contrato principal y llevando un eficaz control de éstas.
- 7.- Es importante considerar la creación de mecanismos idóneos a efecto de que la expedición de fianzas sea controlada y vigilada a fin de evitar que las instituciones afianzadoras logren caminos a efecto de evitar el pago de las reclamaciones. Al respecto, considero necesario la creación de un artículo en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que comprenda tanto los requisitos que se requieren para realizar la reclamación de la misma, como la administración de ésta.

8.- Capacitar en el conocimiento de la legislación aplicable a la fianza y a la administración de la misma a funcionarios y empleados tanto de la Tesorería de la Federación como empleados de las áreas de recursos materiales para poder hacer efectiva la fianza de modo que estén preparados para correlacionar las leyes aplicables elaborando manuales de procedimientos.

9.- Es necesaria la creación, en todas las dependencias del Gobierno Federal, de manuales de procedimientos que guíen a los servidores públicos respecto a la fianza, desde su contratación hasta su reclamación. Considero necesario que por ley se requiera a todas las dependencias gubernamentales el contar con dicho manual.

10.- La creación de una fianza global como una alternativa que ofrezca una sola póliza de fianza, una cobertura integral para garantizar al beneficiario de la misma el cumplimiento de obligaciones durante todas las etapas del contrato, esto es, garantizando el anticipo, el cumplimiento y la buena calidad del mismo, facilitando su control y administración por medio de un flujo de información ágil, oportuno y específico, agilizando los trámites en el caso de presentarse la reclamación, modificando al respecto el artículo 48 de Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, respecto a la fianza global, y la creación de un artículo en la Ley Federal de Instituciones de Fianza respecto a la reclamación.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Bancario, 8ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000, 1087 p.
- 2.- ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Trillas, 2ª ed., México, 1993, 270 p.
- 3.- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Teoría General del Proceso, 3ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1989, 472 p.
- 4.- ÁVILA MERINO, Luis Miguel, La Fianza Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, 265 p.
- 5.- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª ed., Editorial, Harla, México, 2000, 545 p.
- 6.- BOFFI BOGGERO, Luis Ma., "Obligaciones", Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, Buenos Aires, 1964, p. 1239 p.
- 7.- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 18ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 709 p.
- 8.- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, 422 p.
- 9.- CHIRINO CASTILLO, Joel, Derecho Civil III Contratos Civiles, 2ª edición, Mc Graw Hill Interamericana de México S.A. de C.V., 2000, 254 p.
- 10.- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, Tratado de derecho bancario y bursátil, Volumen I, 4ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, 1533p.
- 11.- DE PINA RAFAEL, De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1996, 325 p.
- 12.- DERECHO del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Tomo XII, 4ª edición, Editorial Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, 1368 p.
- 13.- DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos mercantiles, 7ª edición, Oxford University, México, 2002, 345 p.
- 14.- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 2000, 563 p.
- 15.- FLORES ZAVALA, Ernesto, Elementos de fianzas públicas mexicanas: los impuestos, 33ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 561 p.
- 16.- FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, 42ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, 506 p.

- 17.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 13ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 1267p.
- 18.- MOLINA BELLO, Manuel, La fianza, como garantizar sus obligaciones frente a terceros, McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., México, 1994, 296 p.
- 19.- PINA VARA DE, Rafael, Elementos de derecho mercantil mexicano, 28ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, 477 p.
- 20.- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, 7ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000, 403 p.
- 21.- PETIT, Eugene. Tratado elemental de derecho romano, 7ª ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1996, 694 p.
- 22.- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia (coordinadora), Diccionario de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa S.A. de C.V. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, 498 p.
- 23.- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Derecho mercantil, McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., México, 1997, 112 p.
- 24.- RUÍZ RUEDA, Luis, El contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio: Crítica y contraproyecto, Editorial Arana, México, 1960, 202 p.
- 25.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 5ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1985, 859 p.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Parte I, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 805 p.
- 27.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Volumen IV, 28ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 2002, 509 p.
- 28.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: Teoría general del contrato, contratos en especial, registro publico de la propiedad, 18ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 629 p.
- 29.- SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, 20ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000, 893 p.
- 30.- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, 6 ed. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., México, 2002, 1037 p.
- 31.- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos mercantiles, 11ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001, 601 p.
- 32.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 8ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 578 p.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917.
- 2.- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000.
- 3.- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976.
- 4.- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000.
- 5.- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999.
- 6.- Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1985.
- 7.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950.
- 8.- Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2001.
- 9.- Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 1981.
- 10.- Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de marzo de 1999.

JURISPRUDENCIA.

- 1.- Amparo directo 504/2001. No. Registro: 185,683. Tesis aislada. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Octubre de 2002. Tesis: III.2o.A.102 A. Página: 1423.
- 2.- Amparo en revisión 15/2002. No. Registro: 185,432. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Diciembre de 2002. Tesis: 1a./J. 84/2002. Página: 48.
- 3.- Contradicción de tesis 11/98. No. Registro: 190,713. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: P./J. 121/2000. Página: 12.
- 4.-Contradicción de tesis 49/2000. No. Registro: 190,946. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Octubre de 2000. Tesis: 2a./J. 91/2000. Página: 286.

5.- Contradicción de tesis 16/95. Materia(s):Civil. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, Febrero de 1996. Tesis: P./J. 6/96. Página: 39.

6.- Contradicción de tesis. Varios 360/72. No. Registro: 237,116. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Séptima Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 59 Tercera Parte. Tesis: Página: 29. Genealogía: Informe 1973, Segunda Parte, Segunda Sala, página 40. Apéndice 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, tesis 466, página 339.

7.- Ejecutoria que dio lugar al criterio de jurisprudencia 6/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada en la página 39, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, correspondiente al mes de febrero de 1996.

8.- No. Registro: 194,999. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Diciembre de 1998. Tesis: I.7o.A. J/3. Página: 965.

9.- No. Registro: 192,282. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, Marzo de 2000. Tesis: I.7o.A. J/8. Página: 901.

10.- No. Registro: 190,907. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Noviembre de 2000. Tesis: I.7o.A. J/10. Página: 821.

11.- No. Registro: 190,571. Jurisprudencia. Materia(s):Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Enero de 2001. Tesis: I.9o.A. J/1. Página: 1580.

12.- Revisión fiscal 99/2003. No. Registro: 182,181.Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Febrero de 2004. Tesis: XIV.2o.45 K. Página: 1061.

13.- Tesis de jurisprudencia 33/96. No. Registro: 200,556.Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IV, Agosto de 1996. Tesis: 2a./J. 33/96. Página: 203.

ANEXO 1.

CIRCULAR F-10.1.4 mediante la cual se dan a conocer a las instituciones de fianzas, las disposiciones sobre el registro contable de las reclamaciones recibidas.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.- Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

CIRCULAR F-10.1.4

Asunto: RECLAMACIONES RECIBIDAS.- Se emiten disposiciones sobre su registro contable. A las instituciones de fianzas.

Conforme a lo establecido en el artículo 63 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, esas instituciones deberán llevar al día el registro de las Reclamaciones que reciban de los beneficiarios de las pólizas expedidas. Dicho registro será la base para dar seguimiento a los plazos respecto a la integración de la reclamación, para el pago de lo reclamado y, en su caso, para la constitución de pasivos indicada en la Circular F-6.2 vigente. Por lo anterior, resulta necesario estandarizar el procedimiento de registro contable de las reclamaciones recibidas derivadas de las responsabilidades asumidas por esas instituciones, estableciendo los criterios mínimos a los que deberán apegarse para contabilizarlas. Por lo antes expuesto, esta Comisión con fundamento en los artículos 66 y 67 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, da a conocer las Disposiciones de Carácter General sobre el Registro de las Reclamaciones Recibidas, con independencia de acatar lo establecido en los preceptos legales que se relacionen con dichas reclamaciones:

PRIMERA.- Esas instituciones de fianzas deberán verificar que los escritos de las Reclamaciones Recibidas que se presenten en el domicilio de sus oficinas o sucursales sean originales, firmados por el (los) beneficiario(s) de la(s) póliza(s) de fianza(s) y deberán contener como mínimo los siguientes datos, con el objeto de que esas instituciones cuenten con elementos para la determinación de su procedencia (total o parcial) o improcedencia:

- a) Fecha de la Reclamación;
- b) Número de póliza de fianza relacionado con la reclamación recibida;
- c) Fecha de expedición de la fianza;
- d) Monto de la fianza;
- e) Nombre o denominación del fiado;

- f) Nombre o denominación del beneficiario y, en su caso, el de su representante legal debidamente acreditado;
- g) Domicilio del beneficiario para oír y recibir notificaciones;
- h) Descripción de la obligación garantizada;
- i) Referencia del contrato fuente (fechas, número de contrato, etc.);
- j) Descripción del incumplimiento de la obligación garantizada que motiva la presentación de la Reclamación, acompañando la documentación que sirva como soporte para comprobar lo declarado, y
- k) Importe originalmente reclamado como suerte principal, que nunca podrá ser superior al monto de la fianza.

SEGUNDA.- Esas instituciones invariablemente deberán asentar en su contabilidad, en las cuentas de orden 7501.- Reclamaciones Recibidas y 8501.- Reclamaciones Pendientes de Comprobación, los importes que reclamen los beneficiarios y deberán reflejarse en la contabilidad el mismo día en que se presenten.

Para el caso de que el importe reclamado se incremente de tal modo que supere al monto afianzado conforme a la póliza respectiva, deberá observarse lo establecido en la décima y décima primera de las presentes disposiciones.

Toda Reclamación que no satisfaga los requisitos de integración precisados en la anterior disposición se registrará de manera preventiva en la subcuenta 7503.-07.- Reclamaciones Contingentes.- Reclamaciones Pendientes de Integración, apegándose estrictamente a lo indicado en el primer párrafo de la siguiente disposición. Las Reclamaciones aquí registradas no computarán para el cálculo del Requerimiento Mínimo de Capital Base de Operaciones. Conforme al registro contable indicado en esta disposición, las instituciones de fianzas deberán afectar adecuadamente las subcuentas previstas en el Catálogo de Cuentas en vigor, a efecto de distinguir clara y fehacientemente el origen y estado que guarda la reclamación respectiva; bien sea por la Recepción de Reclamaciones Integradas y Pendientes de Integración, Reclamaciones en Litigio y Contingencias en Litigio.

TERCERA.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, esas instituciones contarán con un plazo de quince días naturales contado a partir de la fecha de recibo de la Reclamación, para que soliciten al beneficiario la información o documentación necesaria relacionada con la fianza motivo de la Reclamación; en este caso, el beneficiario tiene quince días naturales contados a partir de la fecha en que reciba la solicitud respectiva, para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho

término, se tendrá por integrada la Reclamación. Asimismo, si las instituciones de fianzas no hacen uso del derecho a que se refiere el presente párrafo, se tendrá por integrada la Reclamación del beneficiario, debiendo reclasificar contablemente el registro previamente efectuado en la cuenta 7503.- Reclamaciones Contingentes, subcuenta 07.- Reclamaciones Pendientes de Integración, traspasándola a la 7501.- Reclamaciones Recibidas. En los términos del párrafo anterior, cuando se encuentre debidamente integrada la Reclamación, esas instituciones de fianzas tendrán un plazo hasta de treinta días naturales, contado a partir de la fecha en que fue integrada la Reclamación para proceder a su pago o, en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia total o parcial.

Los plazos señalados en la presente disposición deberán considerarse a efecto de la constitución de pasivo con cargo a los resultados de las afianzadoras por las Reclamaciones Recibidas, conforme lo indicado en el artículo 61 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y en la Circular F-6.2 vigente. El registro del pasivo señalado deberá efectuarse con independencia de la permanencia del registro de la Reclamación Recibida en cuentas de orden. Cuando por causas judiciales o extrajudiciales, esas instituciones tengan conocimiento y certeza de la exigibilidad de pago de importes superiores al monto afianzado, también deberán registrar el pasivo antes referido por el importe superior correspondiente.

CUARTA.- A efecto de llevar en todo momento el control y seguimiento de las Reclamaciones Recibidas, en adición al registro contable de las mismas, esas instituciones de fianzas deberán contar con los expedientes de las Reclamaciones, los cuales deberán contener los datos mínimos expresados en la disposición primera de la presente Circular y el resultado de la evaluación respectiva, así como las fechas de pago o declaración de improcedencia, según corresponda, respaldada con la documentación comprobatoria pertinente. Cuando existan inconformidades por parte de los beneficiarios como resultado de las evaluaciones que resulten en improcedencia o procedencia parcial de las Reclamaciones Recibidas, tales circunstancias deberán asimismo, formar parte del expediente mencionado en la presente disposición; y en general, deberán conservar la documentación de todas las negociaciones efectuadas entre las partes involucradas.

QUINTA.- Para el caso de las Reclamaciones Recibidas determinadas como procedentes, esas instituciones de fianzas deberán efectuar el pago al beneficiario en el plazo establecido en el artículo 93 fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Una vez hecho el pago

respectivo, se cancelará el registro de la cuenta de orden 7501.- Reclamaciones Recibidas, apegándose a las disposiciones establecidas en la Circular F-6.2 vigente para el registro de las Reclamaciones Pagadas.

SEXTA.- Si esas instituciones de fianzas resuelven como improcedente la Reclamación Recibida, deberán cancelar el registro en las cuentas de orden respectivas, debiendo contar en este caso, cuando menos, con el acuse o sello de recibido por parte del beneficiario del escrito donde la afianzadora le comunique las razones, causas o motivos de su improcedencia.

SEPTIMA.- Esas instituciones de fianzas podrán determinar la procedencia parcial de la Reclamación Recibida, debiendo contar con los elementos que justifiquen la cifra determinada como procedente. En este caso, deberán efectuar el pago al beneficiario de conformidad a lo establecido por el artículo 93 fracción II de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cancelando el registro en las cuentas de orden de Reclamaciones Recibidas por el importe cubierto al beneficiario. En cuanto al remanente, deberá permanecer en las cuentas de orden de Reclamaciones Recibidas, teniendo esas instituciones que contar cuando menos con el acuse o sello de recibido del pago efectuado al beneficiario a efecto de cancelar dicho importe.

OCTAVA.- Cuando exista inconformidad por parte del beneficiario ante la improcedencia o procedencia parcial determinada por esas instituciones de fianzas y haya acudido ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, sometiéndose a su conciliación, arbitraje o ante los tribunales competentes, el procedimiento de registro a seguir será el siguiente:

a) No se deberá modificar el importe registrado en la cuenta de orden 7501.- Reclamaciones Recibidas, hasta en tanto se resuelva el arbitraje o el juicio mediante resolución que hubiere causado estado.

b) Si la resolución arbitral o judicial sobre la improcedencia o procedencia parcial es en contra de esas instituciones de fianzas, deberán efectuar el pago apegándose a lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como a lo dispuesto en la Circular F- 6.2 vigente.

c) En el caso de resolución a favor de esas instituciones de fianzas sobre declinación de reclamaciones improcedentes, se deberá cancelar el importe total registrado en la cuenta de orden 7501.- Reclamaciones Recibidas. Para el caso de procedencia parcial, adicionalmente a esta cancelación, esas instituciones de fianzas efectuarán el pago respectivo apegándose a lo establecido en la quinta de las presentes disposiciones.

NOVENA.- Tratándose de Reclamaciones efectuadas a través de autoridades judiciales o administrativas, deberán registrarse contablemente como Reclamaciones Integradas, en la cuenta 7501.- Reclamaciones Recibidas.

DECIMA.- Para las Reclamaciones relacionadas con fianzas sujetas a resolución por controversia planteada entre el fiado y beneficiario respectivos, bien sean fianzas de fidelidad, judiciales (penales y no penales), administrativas (fiscales y no fiscales) o de crédito, se registrarán contablemente en la cuenta 7503.- Reclamaciones Contingentes, subcuentas 01.- a 06.- identificadas como Contingencias en Litigio conforme al Catálogo de Cuentas en vigor, siempre y cuando la institución de fianzas tenga el conocimiento y comprobación del litigio entre las partes en controversia.

DECIMA PRIMERA.- Cuando el importe originalmente reclamado como suerte principal, conforme al inciso k) de la primera de las presentes disposiciones, se incremente como consecuencia de las gestiones judiciales o extrajudiciales llevadas a cabo por el beneficiario y que ese importe sobrepase la responsabilidad asumida en la póliza correspondiente, el excedente al importe cubierto por la fianza deberá contabilizarse en la cuenta 7503.- Reclamaciones Contingentes, bajo la subcuenta 08.- Contingencias por Reclamaciones Superiores al Monto Afianzado, con independencia del registro efectuado conforme a la disposición segunda de la presente Circular, debiendo conservarse los registros hasta la total terminación del proceso del reclamo formulado.

Las Reclamaciones registradas en la cuenta 7503.- Reclamaciones Contingentes, conforme a la presente disposición, así como en la disposición décima anterior, no computarán para el cálculo del Requerimiento Mínimo de Capital Base de Operaciones.

DECIMA SEGUNDA.- Será obligación de esas instituciones de fianzas hacer del conocimiento de los beneficiarios, mediante el clausulado de sus pólizas y contratos en la parte relativa a las Reclamaciones, los requisitos mínimos indicados en la disposición primera de la presente Circular a efecto de que los escritos de reclamaciones sean debidamente presentados ante esas instituciones.