



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**PROPUESTAS DE REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE
INSTITUCIONES DE FIANZAS PARA EL EFICAZ COBRO
DE LAS PÓLIZAS DE FIANZA A FAVOR DE LOS
ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS (SEPOMEX)**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
LILIA ALEJANDRA LUNA JUÁREZ

ASESOR PROF. JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA



MÉXICO

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

**POR PERMITIR MI EXISTENCIA EN
ESTE MUNDO Y DARME LA OPORTUNIDAD
DE RESPIRAR CADA DÍA.**

A MIS PADRES:

**POR SU AMOR Y POR ENSEÑARME A LUCHAR
POR LO QUE QUIERO.
LOS LLEVO EN EL ALMA.**

A MIS HERMANOS; CESAR Y NELLY:
POR SER MIS MEJORES AMIGOS,
POR COMPRENDERME SIEMPRE,
LOS AMO.

A MI PEQUEÑA Y HERMOSA FAMILIA;
ERIC Y ZOE ALEXA YOALLY:

**PORQUE SON TODO PARA MI, MI MOTOR, MI FUERZA Y MIS
MEJORES ALIADOS EN ESTA LUCHA. GRACIAS POR ESTAR
A MI LADO.**

A MIS ABUELOS:

**POR LAS ENSEÑANZAS
Y SOBRE TODO POR DARME
UNOS PADRES EXCEPCIONALES.**

A MIS TÍOS:

**QUE SIEMPRE ESTUVIERON APOYÁNDOME,
NUNCA SABRÉ COMO AGRADECERLES.**

A MIS PRIMOS Y A TODA LA FAMILIA;

**QUE HA ESTADO CONMIGO, INCLUYENDO
A LA FAMILIA GUTIÉRREZ PÉREZ, QUE SON
PARTE DE MI CAMINO EN ESTA VIDA.**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:

**POR SER LA PRECURSORA DE MUCHOS PROFESIONISTAS,
GRACIAS POR HABERME DADO LAS BASES FUNDAMENTALES
EN MI CARRERA.**

A MIS PROFESORES:

**POR TODAS LAS ENSEÑANZAS
QUE ME BRINDARON Y LA DEDICACIÓN QUE TIENEN
CON SU TRABAJO.**

A MI ASESOR, LIC. JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA:

**POR SU APOYO EN ESTE PROYECTO Y LA GRATA ATENCIÓN
QUE SIEMPRE TUVO CONMIGO.**

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS;

PERO EN ESPECIAL A:

NERI H. CABRERA MAR

ALEX S. CASTILLO ARROYO

JOSÉ SAÚL GÓMEZ GARCÍA

JUAN HERNÁNDEZ TORRES

AMADO LÁZARO OREA

ALICIA PÉREZ MARTÍNEZ

ANDREA VÁZQUEZ MORUA

YADIRA E. VÁZQUEZ VAZQUEZ

ISABEL VELASCO MARTÍNEZ

**POR ESTAR CONMIGO, POR SU AYUDA Y
AMISTAD.**

AL SERVICIO POSTAL MEXICANO;
Y A QUIENES ME HAN DADO LA
OPORTUNIDAD DE PERTENECER
A ESTE ORGANISMO.

GRACIAS.

**PROPUESTAS DE REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE
FIANZAS PARA EL EFICAZ COBRO DE LAS PÓLIZAS DE FIANZA A FAVOR
DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS (SEPOMEX)**

| | |
|---|----|
| Introducción..... | I |
| 1. Contrato de fianza, antecedentes..... | 1 |
| 1.1. Roma..... | 3 |
| 1.2. Francia..... | 14 |
| 1.3. México..... | 15 |
| 1.3.1. Época independiente..... | 19 |
| 1.3.2. Época contemporánea..... | 21 |
| 2. El Contrato de Fianza en el Sector Público, Generalidades..... | 23 |
| 2.1. Administración..... | 23 |
| 2.1.1. Pública..... | 25 |
| 2.1.2. Privada..... | 29 |
| 2.2. Organismos del Estado..... | 31 |
| 2.2.1. Centralizados..... | 33 |
| 2.2.2. Desconcentrados..... | 35 |
| 2.2.3. Descentralizados..... | 38 |
| 2.3. Procedimiento Administrativo para la contratación de servicios..... | 40 |
| 2.4. Contrato de Fianza..... | 58 |
| 2.4.1. Concepto..... | 60 |

| | |
|--|-----|
| 2.4.2. Tipos..... | 62 |
| 2.5. Juicio Especial de Fianzas..... | 64 |
| 2.6. Principales formas de excepcionarse de las Instituciones de Fianzas..... | 78 |
| 3. Legislación aplicable..... | 86 |
| 3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..... | 86 |
| 3.2. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas..... | 88 |
| 3.3. Ley Federal de Instituciones de Fianzas..... | 96 |
| 3.4. Código de Comercio | 109 |
| 3.5. Código Civil..... | 110 |
| 4. Propuestas de reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para el eficaz cobro de las pólizas de fianza a favor de los Organismos Descentralizados (SEPOMEX)..... | 113 |
| 4.1. Deficiencias del sistema normativo para el cobro de las fianzas..... | 114 |
| 4.2. Mecanismos para la implementación de un sistema normativo para el cobro de las fianzas..... | 120 |
| 4.3. Ley Federal de Instituciones de Fianzas..... | 122 |
| 4.3.1. Artículo 94..... | 123 |
| 4.3.2. Artículo 95..... | 126 |
| 4.3.3. Artículo 95 BIS..... | 130 |

| | |
|-------------------------|-----|
| 4.4. Beneficios..... | 135 |
| 4.4.1. Jurídicos..... | 136 |
| 4.4.2. Económicos..... | 138 |
| 4.4.3. Sociales..... | 139 |
| | |
| 4.5. Balance final..... | 140 |
| | |
| Propuesta..... | 142 |
| Conclusiones..... | 144 |
| Bibliografía..... | 147 |
| Legislación..... | 150 |
| Otras Fuentes..... | 151 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende hacer un análisis del procedimiento administrativo respecto a la fianza dentro de la contratación de servicios que se prestan al Organismo Descentralizado llamado Servicio Postal Mexicano, en él se procuró hacer una búsqueda de manera sistemática y analítica de todo lo que se relaciona con estos conceptos, con el objetivo de que resulte más fácil su entendimiento y comprensión. Este trabajo pretende dar a conocer la problemática que existe al momento de querer hacer efectivo el contrato de fianza, desde el procedimiento administrativo y jurídico; se enunciaron definiciones para que el lector, pudiese distinguir cuales son los momentos procesales para su requerimiento de pago dentro del Organismo; que se limita en la resolución administrativa y el juicio especial de fianzas ante un Juez de Distrito.

Otro aspecto que se pretendió tomar en cuenta fue que las instituciones de fianzas, siempre han buscado la forma de desligarse de la obligación que contraen al comprometerse por un tercero al pago de ciertos derechos que derivan de un contrato de prestación de servicios, de adquisiciones o de obra pública; sobre todo porque el Organismo Descentralizado al querer obligar a la institución fiadora a pagar por el incumplimiento de algún proveedor, ésta opone un sin fin de excepciones logrando así, perjudicar el patrimonio del mismo y obtener un lucro para si misma.

Esta circunstancia es la que se analiza y se propone una solución para este problema: una educación jurídica necesaria para implantar dentro del juicio especial de fianzas un mecanismo con la finalidad de ejercitar el derecho literal en contra de las instituciones de fianzas. El presente trabajo se realizó utilizando el método deductivo e inductivo con el objetivo de obtener respuestas confiables; por lo tanto estudiaremos el origen y evolución de las instituciones de fianzas en el primer capítulo, en el segundo capítulo manejaremos los conceptos más relevantes del tema para ampliar la visión jurídica; en el tercer capítulo

retomaremos el marco jurídico para visualizar la normatividad que rige la materia y el problema en sí. En el cuarto capítulo tenemos la problemática sobre las fianzas para Organismos descentralizados y la complejidad en su cobro, en éste se expondrán los posibles mecanismos para obtener cobros favorables para Organismos descentralizados, cuya finalidad es evitar el detrimento patrimonial de la nación a través de estas dependencias.

CAPÍTULO I

1. CONTRATO DE FIANZA, ANTECEDENTES.

Algunos tratadistas afirman que la relación contractual de la fianza tiene su origen a la par del nacimiento mismo de la civilización, las primeras congregaciones humanas tuvieron que enfrentar infinidad de problemas individuales y colectivos provocados por su propia naturaleza y el Imperio del “orden social” primitivo que conocieron nuestros antepasados. Así como cada miembro de aquella sociedad poseía una serie de derechos, igualmente era sujeto de determinadas obligaciones o deberes que le eran impuestos por el grupo al que pertenecían, obligaciones de hacer o de abstenerse de realizar tal o cual conducta, siempre en beneficio del interés común.

Ante la ineludible necesidad de regular sus relaciones el hombre de la antigüedad creó sus primeras normas de conducta, entre las que seguramente figuraron en primer plano las que tenían el ánimo de asegurar que el obligado efectivamente cumpliera con el deber que le era impuesto por dichas reglas.

“La historia de la fianza se remonta 27 siglos antes de nuestra era pues una inscripción que asemeja a un contrato de fianzas fue descubierto en una tablilla de la Biblioteca de Sargón I Akkad, Rey de Sumer y Akkad, aproximadamente en los años 2568 a 2513 a.C. constituyendo el antecedente más remoto de esta figura en el marco jurídico. Otro dato relevante lo encontramos en el Código de Hammurabi que data del año 2250 a.C. que ya regulaba un sistema de fianza de fidelidad o contrato de garantía, principalmente en la reglamentación de los esclavos, los cuales eran considerados como un objeto o propiedad del dueño, quien podría matarlo sin consideración alguna, lo mismo que entregarlo en prenda o garantía de una deuda. Sin embargo, el más remoto de esta figura Contrato de Fianza escrito parece haber sido ejecutado en 670 años a.C.”¹

¹ GARRIGUES, Joaquín, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Madrid, 1952, pág. 289.

En el antiguo Egipto, igualmente encontramos algunas manifestaciones de la fianza, sobre todo como garantía de determinadas obligaciones, como el caso de los tratados celebrados entre Reyes y Princesas de diferentes pueblos para asegurar la amistad entre ellos. Así tenemos que “En el año 1280 a.C. en el gobierno de Ramsés III, Egipto y Atti llegaron a celebrar un tratado de Buena Paz y Hermandad que creó una alianza defensiva, texto que fue grabado en dos charolas de plata, una de ellas se colocó a los pies del Dios de los Hititas y la otra a los pies de Ra en Egipto, ambos Reyes dieron juramento de cumplimiento ante sus Dioses, con lo cual este tratado se convirtió en garantía eficaz de respeto al pacto”².

En la India, el Código de Manú (1280 a 800 años a.C.) que encierra en doce libros los principios de la organización social, moral, religiosa y educativa del pueblo hindú, además de consignar un antecedente importante de la fianza en sus leyes civiles y aspectos hereditarios (libro IX), también establece principios sobre la conducta de los Reyes y de la Casta Militar (Libro VII). Muchas otras referencias pueden encontrarse en el libro de proverbios de la Biblia; el Rey Salomón en el año 922 a.C. aproximadamente advertía al pueblo de Israel lo siguiente: *Hijo mío, sin incautamente saliste de fiador de tu amigo y has ligado la mano con un extraño, tú te has enlazado mediante las palabras de tu boca y ellas han sido el lazo en que has quedado preso... padecerá desastres el que sale incautamente por fiador de un extraño; por el que no se enreda en fianzas vivirá tranquilo...; el hombre necio palmotea y hace gala de haber salido fiador de su amigo..., tomate el vestido de aquél que saliendo por fiador de un extranjero..., en nuestro tiempo equivale a la expresión de hasta perder la camisa si uno asume cierto riesgo.*

² GOMÉZ BOCANEGRA, Sergio, Tesis “Algunas Consideraciones Acerca de las Instituciones de Fianzas”, Revista Mexicana de Fianzas, Tomo 7, México, 1971, Pág.15.

A Tales de Mileto, célebre representante de la filosofía Helénica siglo VI a.C., se le atribuye una inscripción en el templo de Delfos que rezaba: *La fianza es la precursora de la ruina.*

La anterior advertencia también la encontramos plasmada con matices aún más tenebrosos en el Libro Eclesiástico de la Biblia del cual se dice que fue escrito en el año 190 a.C. en la Ciudad de Alejandría, Egipto: *Fianzas indiscretas han perdido a muchos que la pasaban bien y los han sumergido en un mar de trabajos, ellas las han hecho trasmigrar y andar errantes entre gentes extrañas.* Es menester señalar que a continuación analizaremos una de las Ciudades que en derecho es una de las principales para conocer sobre los antecedentes del contrato de Fianza.

1.1. ROMA

En Roma la diversidad y la antigüedad de las garantías personales bastarían para probar si fuera menester la importancia de tal tipo de garantía, en el Derecho Romano se conocen distintos procedimientos con relación a las fuentes de obligaciones contractuales. Además de la solidaridad, frente a los tres modos solemnes *verbis*, se utiliza al efecto una transposición del contrato consensual de mandato (*mandatum pecuniae credendae*) y dos pactos pretorios (*constitutum* y *receptum argentarii*). El amplio uso que se hace de esta garantía se explica por la estrecha coherencia social y familiar que reinaba en Roma, sobre todo en la época más antigua. Pudiera creerse que, por la continua regresión de los vínculos personales, la técnica no tiene en nuestros días más que un interés histórico; pero esto es falso respecto al derecho civil, ya que actualmente tiene gran desarrollo la fianza en el crédito rural y se restablecen en Derecho Mercantil ciertos vínculos de alianza entre las sociedades que antes sólo se daban entre las personas.

Este fenómeno circular es tanto más notable cuando por razones del desenvolvimiento del crédito, ajenas a la Antigüedad, que la práctica moderna ha hecho resucitar ante nuestros ojos, los caracteres rigurosos de la fianza romana más antigua.

Los orígenes de la fianza en Roma se confunden, al parecer, con los del proceso y del contrato y parece ser que son anteriores a la ley de las XII Tablas.

Las formas más antiguas de fianza parece ser que fueron el *praes* y el *vas*; el primero garantiza determinadas obligaciones condicionales en el sistema procesal de la *legis actio sacramentum* y sobre todo las obligaciones contraídas respecto del Estado. El segundo es una caución procesal que garantiza la comparecencia del demandado. La vinculación resultante de estas primitivas formas es tan rigurosa como extraña a la moderna idea de garantía. El carácter fundamental de la fianza es, efectivamente, su carácter accesorio, mientras que hay algunos indicios que permiten suponer que el *praes* o el *vas*, tan pronto como se obligaban, liberaban al deudor principal contra el que el acreedor no tendría acción ejecutiva directa.

Es igualmente *posible* que estas garantías arcaicas procedan del tiempo en el que existía la distinción entre el débito (*Schuld*) y la obligación (*Haftung*), siendo el garante el único que contrae una vinculación susceptible de ejecución forzosa. Si bien parece que el *vas* desaparece desde el principio de la época clásica, el *praes* subsiste en derecho público, presentándose “como una especie de caución real en la que el acreedor disponía de un camino que le permitía proceder a la ejecución forzosa sobre el inmueble recibido en garantía, sin necesidad de haber tenido que conseguir previamente la condena del deudor (Ibíd.) Carentes de información completa sobre estas formas primitivas, podemos suponer que se

realizarían a través de un ritual oral análogo al empleado para la sponsio o para la stipulatio que debieron estar presentes en los orígenes de las formas de fianza.”³

La adpromissio, procedimiento normal de caución en la época clásica, existe desde la más antigua época. Se realiza mediante contrato verbal: sponsio o fidepromissio; el verbo spondere era exclusivo de los ciudadanos romanos, mientras que los peregrinos habían de emplear el promittere. Los problemas planteados por los distintos tipos de fianza nos los explica perfectamente la evolución de esta técnica. Al interés del acreedor de tener varios deudores igualmente responsables, se opone el del fiador, que trata de colocarse como deudor subsidiario. Se tratará de llegar a conciliar ambas pretensiones a favor del acreedor, para conseguir así más eficazmente el desenvolvimiento del crédito.

En sus principios la vinculación de la caución tiene carácter accesorio muy atenuado, distinguiéndose la fianza de la solidaridad. Semejante solución se explica por la actitud tomada frente a las cauciones procesales y se justifica por la estructura de la sociedad romana.

En un principio la caución es independiente de la obligación garantizada, la sobrevive si ésta es nula, mientras que su nulidad determina la extinción principal. No se conocen los beneficios de exclusión ni de división: se puede perseguir al garante incluso antes de haber intentado el pago del deudor principal y, si hay distintos garantes, cada uno está obligado por el importe total. El modo en que funcionaban las garantías está en estrecha relación con los usos y las conveniencias sociales. En la solidaridad es normal presentar la caución de un pariente o amigo y el acreedor está forzado por motivos metajurídicos a no intentar la acción contra los fiadores antes de haber perseguido los bienes del deudor principal solvente. La evolución de las costumbres haría patente en la época clásica lo anacrónico del sistema, reclamando la intervención del legislador.

³ RUIZ RUEDA, Luis, Fianza de Empresa, estudios jurídicos, Editorial Fianzas México, S.A. México, 1985, pág. 21.

A principios de la época clásica la ejecución personal se va haciendo cada vez menos frecuente y menos brutal, lo que hace que las personas poco escrupulosas tuvieran menos inconvenientes en contraer deudas, mientras que las personas honradas tratan siempre de reforzarlas mediante la fianza prestada por sus parientes y amigos. Para proteger a los más perjudicados por estos usos, es decir, los ciudadanos romanos y más particularmente los residentes en Italia, el legislador promulga una serie de leyes. Hay una que proporciona a los fiadores el instrumento para perseguir eficaz y rápidamente a los deudores por los que hayan pagado, lo que naturalmente sirve para reprimir a los faltos de escrúpulos (*Lex Publicia*, limitaba a los ciudadanos romanos que utilizan la *sponsio*). Otra (*Lex Appuleia*, de extensión territorial general) permite al fiador dirigirse contra los demás fiadores para exigirles sus respectivas participaciones en el pago total. Hay otras, por último relativas a las exigencias del crédito, que protegen al fiador, pero en perjuicio del acreedor; una *lex Furia*, aplicable a todos los que siendo ciudadanos o no, se hayan obligado en Italia (*fide promissio o sponsio*), prevé la caducidad de la fianza al cabo de un plazo de dos años a contar desde el día en que se ha contraído o desde la fecha de vencimiento de la deuda.

Obligados por los usos a garantizar a los clientes, a los partidarios políticos y a cuantas personas estaban en relación con ellos, los romanos corrían el peligro de que se les opusieran obligaciones anteriormente pagados. Los inconvenientes de esta medida han sido agravados por el acreedor merced a la introducción del beneficio de división que le es particularmente desfavorable. Mientras que en derecho moderno el beneficio tiene por objeto dividir la deuda entre todos los fiadores solventes en la fecha de la demanda (artículo 2.026 Código Civil francés), el acreedor deberá en la época clásica dividir sus requerimientos entre todos los fiadores que vivieran al vencer la deuda. La fianza era transmisible en su lado pasivo, lo que hace que el acreedor corra el peligro de ver su garantía reducida, por la muerte de un garante entre el vencimiento y la demandada por su insolvencia.

El rigor de estas medidas es aumentado por la obligación que tiene el acreedor de indicar a cada garante el nombre de los demás fiadores, para que pueda invocar el beneficio de división, sin lo cual la garantía es nula *ipso iure* (*lex Cicereia*). El fin que el legislador pretendió no sólo se consigue sino que se sobrepasa: los garantes, excesivamente protegidos, no eran aceptados por los acreedores como exclusivo aseguramiento de su crédito, lo que hacía indispensable dibujar técnicas nuevas para permitir a los deudores encontrar quien les otorgase crédito.

“Fideiussio,- Sacando enseñanzas del crédito en que había incurrido la ad promissio, los romanos crean a fines de la época republicana un nuevo contrato formalista verbal que supone una nueva fianza: la fideiussio, etimológicamente, este instrumento pone de relieve la responsabilidad del garante: éste se asegura el cumplimiento del deudor principal. Técnicamente, desarrolla el carácter accesorio de la fianza. Su valor va en función de la deuda principal, pudiéndose transmitir pasivamente y llegando incluso a ser válida la garantía de una obligación natural (Gayo, 3, 119 a), caso en el que la caución vale como obligación principal. El carácter accesorio permite garantizar una deuda que no se habría podido contraer como deudor principal, pero impide, igual que en derecho moderno que se garantice una suma superior o exigida con mayor rigor que la recogida en la obligación principal (Gayo, 3, 12; D., 42, 1, 8, 7). No se aplican las leyes anteriores relativas a la caducidad. Ni al beneficio de división.”⁴

El fin exclusivamente económico de la garantía parece que se ha precisado ya; sin embargo, no parece que se hayan olvidado enteramente las preocupaciones por las conveniencias sociales; una *lex Cornelia*, del siglo 1 a. C. prohíbe toda caución respecto a una deuda dineraria de más de 20.000 sestercios; probablemente esta medida estaba determinada por el deseo de reducir las ilimitadas garantías que tenían que prestar los hombres públicos para satisfacer a

⁴ JUSTINIANO; *Instituciones*, por M Ortolan (ed. Bilingüe), Editorial Bibliografía Omeba, Argentina, 1964.

su clientela popular. La limitación legal no se refiere respecto a las cauciones judiciales o a las justificadas por necesidades prácticas.

Fideiussio indemniatatis: (beneficio de excusión) tiene lugar el beneficio de excusión cuando el fiador puede pedir al acreedor que se dirija primero contra el deudor principal para apoderarse y vender sus bienes, es decir, para el embargo judicial (“discusión”: art. 2.021, C. C. francés). La práctica romana llega a un resultado similar haciendo prometer al garante una indemnización igual a la que el acreedor no hubiera podido conseguir del deudor principal (D. 45, 1, 116): Si el acreedor, por dolo, culpa o negligencia ha dejado pasar la ocasión de hacerse pagar por el deudor el fiador queda liberado (D., 46, 1, 41, pr.). Aquí no se trata de un verdadero beneficio de excusión, si no que la previa ejecución del deudor principal es exigida por el objeto mismo de la obligación que el fiador contrae, ya que no debe pagar sino cuando y en la medida en que el deudor principal no lo haya hecho.

En caso de pluralidad de cauciones, el emperador Adriano crea un beneficio de división análogo al que conoce el moderno derecho francés: división de la deuda entre los fiadores solventes en el momento de la demanda. Las relaciones entre el fiador y el acreedor y entre aquél deudor principal no han sido definidas más que de manera empírica y por los prácticos, con ayuda de la teoría del mandato. Primeramente el acreedor, a pesar de la reprobación social en que incurría, podía dirigirse contra el garante sin haber intentado previamente una acción contra el deudor principal, al no ser obligatoria la previa excusión de los bienes de éste. “En teoría, el acreedor no tiene interés en dirigirse contra uno más que contra otro, pero en la práctica, no perderá tiempo en dirigirse contra el fiador que esté en mejor situación que el deudor, además de que el efecto instintivo de la *litis contestatio* le impide dirigirse sucesivamente contra deudor y garante. Para que el acreedor pueda dirigirse sin riesgo contra el deudor principal, el garante debe asegurarle de los azares tanto técnicos como económicos de su gestión, por lo que se dice aquel que da mandato de excusión frente al deudor; gracias al *actio*

mandato directa, que se habrá de intentar contra el garante, el acreedor se habrá de asegurar todas las pérdidas que sufra. A su vez el fideiutor, una vez que haya pagado se dirigirá contra el deudor principal, intentando la actio mandati contraria o la de gestión de negocios, según que la caución haya sido prestada o no a solicitud del deudor.”⁵

Evidentemente tal recurso es aleatorio, ya que la insolvencia del deudor es probable en semejante caso. Para aumentar su poca seguridad, puede el fiador que pague, exigir del acreedor la cesión de sus acciones y garantías contra el deudor, sin que haya, como el derecho moderno, una subrogación ipso iure en lugar del acreedor.

Esta transposición constituye una prueba más del empirismo clásico y una ilustración del principio de la economía de formas; el amplio uso que se hace del mandato para lograr los efectos de la fianza debió mover a los prácticos a emplear más abundantemente esta técnica. La tipicidad del mandato, sin embargo, hacía difícil la adaptación. “Para que fuera válida, la operación debía contener un interés para el mandante, lo que no se adecua al concepto de fianza como vinculación impuesta por los arraigados usos sociales, tan fuertes en Roma. Sin embargo, las necesidades prácticas prevalecieron sobre los principios: desde el comienzo del Imperio coexisten la fideiussio y el mandatum pecuniae credendae (mandato del préstamo de dinero). En el último, el fiador da orden al acreedor de que realice un préstamo dinerario al deudor: ordinariamente este procedimiento se emplea para asegurar obligaciones futuras, semejándose la promesa del fiador a las aperturas del crédito hechas por los banqueros (receptum argentarii, igualmente el pactum de constituto, que puede suponer una garantía). No solo actúan aquí normalmente los efectos de la caución, conseguidos en relación al mandato, sino que la operación se facilita por el carácter consensual y de buena fe que tiene este contrato. La fideiussio formalista y de derecho estricto no se puede realizar entre

⁵ PLANIOL, Marcelo, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Editorial Cultural S.A., La Habana Cuba, 1954, pág. 78.

ausentes y presenta dificultades procesales respecto a la excusión del deudor principal y deja sin recursos al fiador si el acreedor espera para accionar a que haya tenido lugar la insolvencia del deudor o deja desaparecer las otras garantías relativas a su crédito.

Los compiladores justinianos iban a realizar una selección entre los distintos instrumentos de fianza. Desaparecen los últimos vestigios de la *adpromissio*; el *receptum argentarii* se fusiona con el *pactum de constituto*; se llega a confundir en la práctica *fideiussio* y *mandato de crédito*. Además de las reformas que suponen el desuso de ciertas formas procesales (efecto extintivo de la *litis contestatio*), la legislación de Justiniano renueva el interés en proteger al fiador. Se extiende el beneficio de división y se complementa el *beneficium ordinis* técnica que ya no es convencional, sino legal y de orden público. Sólo los fiadores por una deuda ante un banquero están autorizados a renunciar al beneficio. Finalmente el plazo de gracia de cuatro meses, que concede al deudor principal condenado a ejecutar, se extiende a los fiadores, que gozan del favor *debitoris*. Las preocupaciones morales y sociales de los emperadores bizantinos se presentan cada día más inconciliables con las exigencias del crédito.”⁶

Como propietario del bien dado en garantía, el acreedor que no ha pagado al llegar el vencimiento, puede venderla, pero queda sujeto a la *actio fiduciae* si es pagado después. Una cláusula especial (*pacto de distraendo*) podía autorizar al acreedor a vender al vencer la deuda, estando obligado a restituir la parte del precio de venta que excediera de la cuantía de la deuda.

La noción de *in rem versum* justifica a veces la concesión de un privilegio sobre el bien que ha sido reparado o reconstruido o sobre el barco que ha sido equipado. Derecho del depositante sobre los bienes del depositario en el caso de depósito irregular: privilegio de separación de patrimonios reconocido a los

⁶ *Ibidem*, pág. 335.

acreedores hereditarios sobre los bienes de sucesión, cuando concurrieron con acreedores del heredero.

Este acto genérico del derecho romano arcaico es el origen de la mayoría de los contratos reales. Se realiza con un acreedor (*fiducia cum creditore*) al que se concede una garantía extremadamente fuerte al hacerle propietario del bien donado como garantía. Vencida la deuda, si el acreedor no es pagado, conservará el bien y si lo es, la devolución del objeto está protegida por una acción personal. Se trata de un procedimiento incómodo debido al formalismo de la transmisión de la propiedad, no ventajoso para el deudor que se priva del uso de un bien a la vez que extingue todo el crédito que sobre el mismo podía lograr y también peligroso para quien, después de haber pagado a su acreedor, corre el riesgo de que éste se declare insolvente, sin tener contra él ningún derecho de preferencia, al ser su acción de naturaleza personal. El empleo de la *fiducia* a lo largo de toda la época clásica se explica por las ventajas que atribuye al acreedor, que actúa como dueño del contrato; su decadencia deriva del desuso en que cayeron los modos solemnes de transmitir la propiedad.

Por lo tanto se considera un acto por el que un sujeto asume el cumplimiento de la obligación contraída por otro; por eso en la fianza, hay un nuevo obligado, pero no en el mismo plano que el anterior, que sigue siéndolo con carácter principal; el fiador es un responsable subsidiario protegido por el beneficio de excusión.

En Derecho romano la fianza era primordial y el principal tipo de garantía personal supone un fenómeno semejante a la solidaridad, ampliando el número de deudores; pero mientras que los supuestos normales de obligación, existe un solo acreedor y un solo deudor, en la solidaridad se aprecian varios deudores frente a un único creador; semejante es el supuesto de la fianza, pero ésta es distinta a la anterior, pues mientras en aquella los distintos obligados lo están

simultáneamente, en la fianza los obligados lo están de manera sucesiva, respondiendo escalonadamente.

“En Roma la garantía se abrió camino más bien por cauces personales que reales; mientras que en los más antiguos actos del ius civile aparece frecuentemente la figura del fiador o del garante (particularmente en los actos de relieve procesal), el desarrollo de los derechos reales de garantía es muy posterior. A ello coadyuvaron razones de orden social y económico. En primer lugar, los lentos cauces de la primitiva economía, la escasez de dinero y la modestia de las transacciones no requerían la presencia de garantías importantes; el garante se lleva más para demostrar que se está bien relacionado que para probar la solvencia que se da por supuesta en una sociedad de costumbres sencillas y términos reducidos en los que se conocen todos; serían las necesidades del posterior tráfico mercantil que imponía la presencia de las garantías reales. Similarmente a lo anterior, hay que tener en cuenta que en Roma las relaciones sociales eran muy intensas y toda persona tenía una obligación de honor en garantizar a los amigos, libertos y clientes que para ello le requiriesen, por la innata tendencia de los romanos a dibujar relaciones jurídicas no entre individuos sino entre núcleos sociales creados por la sangre o por el efecto...”⁷

Por lo tanto se observa que en Roma no se tiene la idea unitaria de fianza, sino que en dicho Derecho se reglamentaron diversos tipos de ella; vamos a enumerar, sin profundizar en su estudio, alguno de sus tipos.

1.- *Constitutum debiti alieni*: es el compromiso pretorio de pagar en fecha dada una deuda anteriormente contraída.

⁷ BETANCOURT, Fernando. Derecho Romano, 2ª. Ed., Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pág. 214.

2.- *Mandatum pecuniae credendae*: es el mandato de crédito, figura confusa y que se presta a la discusión; en Roma se caracteriza por una orden del mandante en cuya virtud el mandatario abre crédito a una persona.

Verdaderamente mandato y fianza están muy próximos en Roma, pero hay entre ellos una clara distinción; así, mientras que el mandato es posterior al crédito, la fianza se constituye después de éste; además, mientras que la fianza crea obligaciones del mandante y del prestatario son muy distintas.

Sería muy largo referirse a sus distintos tipos sin embargo hay que caracterizarlo, en suma, por el compromiso que contrae una persona (normalmente un banquero, *receptum argentarii*) de pagar una deuda debida por otro.

Los cauces normales por los que se llegaba a la fianza fueron sobre todo estos tres:

a) La *sponsio*, concebida en la fórmula “*id quod Maevius promisit, spondesne?, spondeo*”.

b) La *fidepromissio*, que no es sino la *sponsio* anterior llevada a los cauces del derecho de gentes, para que pudieran prestarla o recibirla los peregrinos.

c) la *fideiussio*, que se expresaba en la fórmula “*quod Maevius debet id fide tua esse iubes?, lubeo*”; permitía esta fórmula prestar fianza a favor de un *alieni iuris*.

Característica común a estos tres cauces es que se asimila la responsabilidad del fiador y del deudor, lo que se prestaba a notorias injusticias y a un amparo excesivo del obligado fundamentalmente; para remediar tal estado de las cosas

1.2. FRANCIA

En la época franca, igual que en el primitivo derecho romano, el deudor que no pagaba sufre un trato indigno, siendo frecuente la esclavitud por deudas, aparte de la coacción del grupo que experimenta el individuo, de lo que deriva la preferencia de la época por las garantías personales. Los testigos que asisten al acto y los que han jurado junto con el deudor en el pleito, se convierten en ocasiones en fiadores del deudor. El fideiussor se obliga mediante su fides, dando su mano, y se ha llegado a pretender que la fideiussio era inseparable de la fides facta. En todo caso el pago es exigido normalmente por el fiador elegido por su solvencia, quien tiene a su vez un recurso para hacerse con los bienes del deudor principal. Su obligación es personal y se extingue por la muerte. Si hay muchos fiadores, su responsabilidad es solidaria.

El deudor y los fiadores están normalmente unidos por vínculo de familia, parentesco o vasallaje; su solidaridad es moral tanto como pecuniaria y el fiador es un rehén que será tratado como tal.

En primera época feudal no podían dejar de ser aceptadas estas ideas. La plégerie o plévine del Norte y la fermansa del Mediodía son directas continuadoras de la fideiussio franca.

En Normandía y en el siglo XII, el “plége” no está obligado a pagar la deuda sino a hacerla pagar; se suele tratar de un gran personaje o bien de vasallos sujetos al servicio de “plegérie”, que se obligan a sufrir prisión y que son como rehenes hasta que se pague la deuda, igual que los hijos del rey entregados al enemigo hasta que se pague su rescate.

Pronto sería sustituida esta concepción feudal por otra romana; al aspecto patrimonial de la vinculación pasaría al primer plano y el “plége” es un deudor que se obliga a pagar la deuda.

El acreedor puede a su antojo dirigirse fiador o al “plége”, lo que tal vez explique el recuerdo del derecho de Teodosio, ya que el beneficio de excusión es introducido por una Novela de Justiniano.

El plége puede llegar a ser tratado con más dureza que el propio deudor porque, según indican las costumbres francesas del siglo XIII, se puede realizar una toma de posesión privada de sus muebles. La coacción corporal, que convierte al plége es un rehén, es admitida por algunas costumbres más rigurosas o prevista en la vinculación (lo que sucede en el siglo XV). Respecto a los inmuebles, para que sean tomados han de ser previamente objeto de un proceso especial.

Después de haber procedido contra el plége, el acreedor no podía dirigirse contra el deudor principal, pero el plége podía recurrir contra él; en el se conservan ciertas muestras de la toma de posesión privada de la época franca, pero en el norte el fiador debe recurrir a la justicia, pero puede fijar por juramento la indemnización que reclama.

Por último y en caso de que haya muchos fiadores, no hay entre ellos ningún beneficio de decisión: las costumbres del sur lo mencionan para excluirlo, sin embargo admite que existe una compañía entre los pleguéis que es posible un recurso después de realizado el pago.

1.3. MÉXICO

Manuel Molina Bello, manifiesta que en la época prehispánica la figura de la fianza “era conocida por los aztecas como una forma de garantizar el pago de una deuda personal la cual era hereditaria, un tipo de afianzamiento familiar”.⁸

⁸ MOLINA BELLO, Manuel, La fianza. Cómo garantizar sus operaciones con terceros, Editorial Mc Graw Hill, México, 1994, pág. 10.

Así también “podía haber fianza por deuda de varias personas, específicamente de los miembros de una o de dos familias, de modo que una persona podía sufrir como esclavo para el pago de deuda en este caso los miembros de la familia podían relevarse de tiempo en tiempo y la muerte de alguno de ellos no libraba la deuda de los demás, motivo por el cual esta fianza se consideraba ciento por ciento hereditaria se dice que las consecuencias de este sistema fueron tan sensibles que en 1505 el rey Nezahualpilli de Texcoco lo abolió.

“En la etapa de la Nueva España la materia de las obligaciones es sin duda la más oscura del derecho Indiano, una parte no ofrece grandes dificultades y es la que se refiere a la actitud de la población en el cual las alteraciones fueron de carácter reflejo, como consecuencia de las anomalías que en el elemento indígena se presentaba; pero en este último todo el derecho de las obligaciones tiene particularidades que en parte la legislación reflejó;... así el único régimen legal conocido de los nativos fue el obedecimiento al mandato de sus superiores”.⁹

Ante la carencia de un estatuto que regulara la realidad jurídica de la Colonia la Corona Española tuvo la necesidad de crear un ordenamiento legal denominado Leyes de Indias que permitiera tener un mejor control y manejo de las nuevas tierras conquistadas en América.

La Fianza, podía nacer por común acuerdo o por ley, de acuerdo a lo explicado por Esquivel Obregón, al principio se estaba obligado a dar fianza cuando se había estipulado pero había casos en que tal obligación nacía de ley; verbigracia cuando el hombre antes de celebrar el matrimonio recibía la dote de la mujer tenía que dar fianza en el caso de que no se celebrará tal matrimonio o cuando quedaba reducido a la pobreza; o en el caso de que se disolviera el matrimonio éste debería hacer entrega de la dote, que en un principio se había le entregado.

⁹ Ibidem, pág. 18.

Para mayor seguridad de pago de la deuda solía exigirse que el fiador renunciara al beneficio de orden y excusión consistente en que primero se demandara al deudor principal y se agotaran sus bienes. Cuando dos o más se obligaban mancomunadamente a ser fiadores como deudores principales si no que podía enderezarse la acción contra tales fiadores; solamente si los fiadores se hubieren obligado in solidum se podía exigir el pago total de la deuda a cualquiera de ellos; también se podían exigir que cualquiera de los fiadores pagara la totalidad de la deuda cuando habían renunciado al beneficio de división.

El fiador podía pagar simplemente o expresando que lo hacía por el deudor principal o bien por sí mismo como fiador. En los dos primeros casos sólo podía reconvenir a los cofiadores si se hizo dar el lasto al tiempo de hacer el pago, no después. Si lo hacía como fiador podía compeler al acreedor aún después de hecho el pago, a que le diera el lasto, se entendía por esta palabra una cesión de acciones o un poder para cobrar la deuda pagada por el que no era deudor o lo era solamente en parte de la suma que satisfacía. El acreedor debía dividir su acción de modo que cada uno de los fiadores pagara sólo la parte de la deuda que le correspondía a prorrata si todos los fiadores se encontraban presentes, si alguno de ellos se hallaba fuera del lugar o era insolvente, los demás estaban obligados a pagar la parte que le correspondía también a prorrata.

El fiador estaba obligado a pagar a sus fiadores todo lo que por él hubieren pagado, pero la ley establecía tres excepciones a esta regla.

a) Cuando el fiador dio la fianza con el propósito de nunca cobrar al deudor principal;

b) Cuando la fianza se dio a provecho del mismo fiador;

c) Cuando este contrató la obligación a pesar de prohibírselo el deudor;

Tampoco estaba el deudor principal obligado a pagar al fiador, si cuando éste fue reconvenido sabía que aquél tenía una excepción que alegar para poner fin a la demanda, y por no oponerla era condenado el propio fiador.

Como se puede apreciar la figura jurídica en cuestión se llegó a manifestar también dentro del Derecho Procesal Indiano, regulada esta en la Ley 4 Título XII relativo al capítulo de las apelaciones y suplicaciones, correspondientes a la recopilación de Indias de 1680.

Aunado a lo anterior si, una persona estaba obligada a dar fiador, surgía la duda acerca de la satisfacción de quién había de ser dada la fianza, y según parece en Nueva España se había seguido la práctica de que el fiador judicial había de darse a satisfacción del escribano que intervenía en el juicio.

“Cabe hacer mención, que en la Nueva España no sólo existieron garantías de carácter personal que afianzaran obligaciones de personas civiles (gobernados), sino que también se indica la existencia de garantías que avalaban el buen funcionamiento de Servidores Públicos que componían la Administración de la Hacienda. Lo anterior se corrobora con lo que manifiesta Israel Sánchez Bello al decir que la Corona, había mostrado interés en la formación de un sistema legal de garantías que debía asegurar el perfecto funcionamiento de la Hacienda Indiana.

Estas medidas legales de garantía tuvieron la finalidad de asegurar los intereses de la corona frente a posibles abusos en la actuación de los funcionarios del fisco. La fianza personal había sido el medio más eficaz, en aquella época para garantizar obligaciones de toda clase de funcionarios, no obstante que aún había personas que quedaban exentos en la presentación de la fianza, tales como lo eran los tenientes y oficiales menores que llevan los libros de la Caja Real.”¹⁰

¹⁰ Ibidem, pág. 44.

Ahora bien, encontramos al contrato de fianzas en las ordenanzas legales hispanas implantadas por los conquistadores y que fueron aplicadas principalmente en Tenochtitlán, dichas leyes, como la partida de Indias y la ordenanza de intendentes la Ley de Indias indicaba que “al tesorero general del consejo se le obligaba a otorgar fianza por la que el citado consejo le hubiere fijado, para garantizar la debida guarda y custodia de los valores que le había confiado. También debían garantizar la adecuada realización de sus funciones públicas los gobernadores y oficiales reales”.

También la figura de fianza aparece en el derecho procesal, según se establecía en la Ley 4 Título 12 de la Ley de Indias de 1680, relativo a las apelaciones y suplicaciones que a la letra dice “se prohíbe a los jueces de la casa de contratación poner en libertad a personas de cuyos delitos se hubiesen apelado ante el consejo de indias hasta que este de sentencia sobre ellos”, de lo anterior se deduce que cuando una persona que hubiere cometido un delito y tuviera un fallo del tribunal que lo condenaba, podía apelar ante el Consejo de Indias. Si la sentencia también era condenatoria podía solicitar y gozar de su libertad condicional, mejor conocida como condena condicional, pero tenía la obligación de depositar cierta cantidad a juicio del Consejo y otorgar una fianza.

1.3.1. ÉPOCA INDEPENDIENTE

En el México independiente, se elaboran los primeros proyectos para expedir leyes, que tuvieran por objeto regular la fianza, para efecto de que la misma fuera acorde a la realidad económica, política y cultural de la sociedad mexicana y hasta el año 1870, cuando se estableció la fianza tenía el carácter de contrato y la misma se podía otorgar a título oneroso.

Debido a los constantes levantamientos de armas, que suscitaron en este periodo de la historia de México, la citada ley tuvo una vigencia muy corta, siendo

abrogado por el Código Civil de 1884, en el que se estableció que la mujer se encuentra capacitada plenamente para celebrar contratos de fianza.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en asuntos del fuero común y para toda la República en materia Federal, el cual se expide el 30 de agosto de 1928, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 1º. de Septiembre de 1932, entrando en vigor el 1º. de octubre del mismo año, en el cual se introdujeron innovaciones al contrato de fianza, en las que se destaca el artículo 2811, que establece que las fianzas otorgadas por los individuos o compañeros en forma accidental a favor de determinadas personas quedan sujetas a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extiendan en pólizas, ni se anuncien públicamente por prensa y no se empleen agentes que la ofrezcan.

Otra modificación consistió en que los fiadores judiciales y legales no podían hacer valer los beneficios de orden y excusión por lo tanto, el acreedor podía demandar y ejecutar directamente en los bienes de los fiadores.

“Hasta el año 1942, se habla de la fianza como un contrato netamente civil, en dicho año, la Ley Federal de Instituciones de Fianza, señaló en su artículo 123 (actualmente 2º. de la citada Ley) que las operaciones practicadas por las instituciones de fianzas se consideraban mercantiles para ambas partes, por lo que cualquier juicio en relación con fianzas expedidas por afianzadoras se deberían ventilar bajo procedimientos mercantiles para ambas partes con excepción de las que se otorgaban ante el Estado sea del Gobierno Federal, Estatal o Municipal en cuyo caso el procedimiento era Administrativo, dicha Ley fue aprobada el 23 de diciembre de 1942 y se promulgó al 31 de diciembre del mismo año, publicándose en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1943, prohibiendo operaciones sistemáticas de fianza onerosa, a las personas físicas o morales, que no fueran sociedades anónimas de capital fijo e inclusive a las Instituciones de Fianzas que no sean “instituciones de crédito”, organizaciones auxiliares de cierto

tipo a empresas extranjeras tampoco les permitían operaciones de fianza en México, existía autorización genérica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien vigilaba su desenvolvimiento y en caso de no cumplir con su objetivo podía suspender la autorización y revocar la misma.”¹¹

La citada ley obligaba a las autoridades administrativas y judiciales del país a aceptar las fianzas otorgadas por las instituciones autorizadas, señala un régimen especial para contratar fianzas que garanticen obligaciones a favor del Estado, para resolver controversias que las mismas susciten y ejecutar los fallos correspondientes, los agentes necesitaban autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para fungir como tales, asimismo contenían normas de derecho privado relacionadas con el contrato mercantil de fianza onerosa, pero fueron de carácter transitorio y contenían normas de derecho mercantil y de derecho procesal que fueron aplicables a las operaciones efectuadas por las empresas con terceros. A partir de ese momento se empezó a tomar a la fianza con un carácter mercantil tanto por las personas que intervienen en la misma como por las obligaciones que en ellas se consignan aunque se hayan hecho modificaciones a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es necesario que en la actualidad exista una legislación propia y aplicable a la fianza de empresa, que defina su contenido.

1.3.2. ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

En la actualidad existe el contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría, ha caracterizado este contrato que se celebre entre el fiador quien garantiza el pago de la deuda contraída por un tercero y el acreedor de este tercero que acepta el ofrecimiento o el compromiso que contrae el fiador. En una manera que posibilita en muchos casos los negocios jurídicos, ya

¹¹ GARRIDO FORTUNATO, Roque, Contratos Civiles y Comerciales, T. II, 2ª. Ed., Editorial Universal, Buenos Aires, 1998, Pág. 567.

que el acreedor realiza el contrato principal en la seguridad o garantía que le ofrece el tercero que deviene fiador y que cumplirá con la obligación contraída por el deudor en caso de incumplimiento de éste o de insolvencia posterior al contrato. De la simple definición surge la necesidad de que el ofrecimiento del fiador sea aceptado por el acreedor y, a partir de ese momento, es decir, a partir del momento que entre acreedor y fiador se ha prestado el consentimiento estamos frente el contrato de fianza que reconocemos accesorio de la obligación principal, pero que tiene todos los caracteres propios de un contrato.

Algunas consideraciones sobre este convenio celebrado entre quien es acreedor de un tercero y quien, por razones especiales, generalmente de amistad, viene a asegurar a ese acreedor el cumplimiento de la obligación del verdadero deudor, acepta adoptar la postura de posible responsable sin haber tenido nada que hacer en la concertación del negocio principal, origen de la deuda que él viene a garantizar. En estos tiempos se trata, en realidad de una garantía personal, que asume garantizando a un acreedor el cumplimiento de la obligación principal contraída por quien no resulta parte del contrato de fianza y sí principal tercero interesado. El fiador realmente cubre la probable situación deficitaria que le originaría al acreedor de la deuda principal, como consecuencia de la insolvencia o incumplimiento del deudor. Es una garantía personal, asumida por quien no resulta parte del contrato principal y sí sujeto pasivo principal del de fianza que celebra exclusivamente con el acreedor, pero, reiteramos, sin intervención del deudor.

Para concluir este primer capítulo, es importante señalar que desde épocas remotas la fianza ha estado latente, aunque con acepciones diferentes, ya que a pesar del transcurso del tiempo este tipo de contrato ha tenido variantes, la esencia de la misma no se ha perdido, sin embargo es un contrato que muchos no conocen o mas bien no le han dado la importancia que merece es tipo de contrato tiene muchas cualidades jurídicas y puede ser enriquecido con las características que han surgido actualmente.

CAPÍTULO II

2. EL CONTRATO DE FIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO, GENERALIDADES

En el presente capítulo trataremos los temas relacionados con el sector público y que de acuerdo a su entorno son importantes para la elaboración de esta investigación temas que se retomaran desde un punto de vista analítico sobre los aspectos que pueden encuadrar al sector público dado que es un campo vasto para su estudio y sobre todo porque es el punto de este trabajo, y que, por su amplitud, es indispensable indicar solo puntos sistemáticos y de mayor enfoque para tener una visión propia del tema.

2.1. ADMINISTRACIÓN

El surgimiento de la administración es un acontecimiento de primera importancia, en la historia social se ha manifestado como indispensable por la importancia que tiene dentro de la sociedad actual. La administración es la encargada de hacer que los recursos sean productivos, es la responsable de organizar el desarrollo económico, refleja el espíritu esencial de la era moderna.

Si pudiéramos repasar toda la historia de la humanidad encontraríamos que las grandes culturas trabajaron unidas en organizaciones formales (ejemplo los ejércitos griegos y romanos, la iglesia católica romana, la compañía de las indias orientales, entre otros). También se ha escrito sobre cómo lograr que las organizaciones sean eficientes, mucho antes de que el término "administración" hubiera aparecido y se hubiera definido.

Ahora bien, las sociedades se han ido transformando, ya que durante siglos se caracterizaron por poseer formas predominantemente agrarias, donde la familia, los grupos informales y las pequeñas comunidades eran importantes. Posteriormente, éstas se transformaron en otras de tipo industrial, impulsadas por la Revolución Industrial y caracterizadas por el surgimiento y desarrollo de las grandes organizaciones y centros industriales.

Esto es el cuerpo sistemático de conocimientos sobre la administración se inicia en plena Revolución Industrial, en el siglo XIX, cuando surgieron las grandes empresas que requerían de nuevas formas de organización y prácticas administrativas. Así la producción evoluciona, lográndose implementar la empresa industrial a gran escala como algo nuevo.

Etimológica, la palabra "Administración", se forma del prefijo "ad" (hacia), y de "ministratio", esta última palabra viene a su vez de "minister", vocablo compuesto de "minús", comparativo de inferioridad, y del sufijo "ter", que sirve como término de comparación. Si "magister" (magistrado), indica una función de preeminencia o autoridad el que ordena o dirige a otros en una función, "minister" expresa precisamente lo contrario, subordinación u obediencia; el que realiza una función bajo el mando de otro el que presta un servicio a otro.

La etimología nos da pues 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, servicio y subordinación, son pues los elementos principales obtenidos.

Sin embargo, de las definiciones dadas por los principales autores en Administración, se pueden deducir sus elementos básicos por ejemplo se refiere que es un dispositivo que organiza y realiza la transformación ordenada de la información, recibe la información del objeto de dirección, la procesa y la transmite bajo la forma necesaria para la gestión, realizando este proceso continuamente.

A. Reyes Ponce citado por Miguel Acosta Romero refiere en su libro que: "Es un conjunto sistemático de reglas para lograr la máxima eficiencia en las formas de estructurar y manejar un organismo social." ¹²

¹² ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, 17 ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 261.

Cada una de las anteriores definiciones, si las analizamos con detalle, nos llevará a penetrar en la verdadera naturaleza de la administración y a sus propiedades distintivas.

Como tales, las definiciones son válidas para toda clase de administración (Privada, Pública, Mixta, etc.), y para toda especie de organismo (industriales, comerciales o de servicios).

Vistas las anteriores definiciones podemos referir brevemente que administración es: la función de lograr que las cosas se realicen por medio de otros u obtener resultados a través de otros.

La administración también se puede definir como el proceso de crear, diseñar y mantener un ambiente en el que las personas, laboran o trabajan en grupos, alcanzando con eficiencia metas seleccionadas. Es necesario ampliar esta definición básica. Como administración, las personas realizan funciones administrativas de planeación, organización, integración de personal, dirección y control. Por lo tanto encontramos una definición más acertada y se expresa a continuación:

Es un proceso integral para planear, organizar e integrar una actividad o relación de trabajo, y que se fundamenta en la utilización de recursos para alcanzar un fin determinado.

2.1.1. PÚBLICA

La organización especial a la que nos referimos constituye la Administración Pública, que debe entenderse desde el punto de vista formal como el “organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales” y considerando en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.

Desde el punto de vista formal la Administración Pública se identifica dentro del sistema constitucional como uno de los Poderes en los que se haya depositada la soberanía del Estado, es decir, como el Poder Ejecutivo, la Administración Pública no tiene, en consecuencia una personalidad especial; sólo constituye uno de los conductos por los cuales se manifiesta la personalidad misma del Estado.

Rafael I. Martínez Morales refiere que “la administración pública es el objeto de estudio de la disciplina denominada administración pública (la disciplina y su objeto de estudio coinciden en su denominación), esta última presenta sustanciales diferencias de especialización con otra disciplina que le es afín, la administración de egresos. Dichas diferencias se explican en función de los entes hacia los cuales ellas se dirigen, entes cuya organización y cuyas actividades difieren en virtud de sus objetivos y de los sectores en que se devuelven. La sistemática a que responden sus planteamientos teóricos y prácticos, por ende, también son diferentes. Ambas, sin embargo, guardan cierta unidad terminológica para referirse a aspectos que de una u otra forma, les son comunes de ahí que la una o la otra emplean expresiones, como organización, planeación, control, evaluación selección de personal, dirección, entre otras.”¹³

Desde las más remotas sociedades aparece la administración, primero para regular la distribución de los escasos satisfactores que poseían los grupos humanos, y después con fines tributarios, con el surgimiento y la expansión de los grandes imperios de la antigüedad, experimenta un salto cualitativo y cuantitativo, a efecto de adaptarse al manejo de las riquezas obtenidas mediante la guerra.

Omar Guerrero citado por Rafael Martínez Morales indica que: “Los primeros escritos acerca de la Administración Pública los aporta la India entre los siglos a. de .n. e. VI a IV a partir de entonces se puede reseñar, cosa que hace el autor citado, los estudios que siguieron a instituciones públicas, encargadas de las

¹³ Ibidem, pág. 268.

funciones y actividades administrativas de las sociedades políticamente estructuradas y siempre cambiantes. Así, los entes de la administración existen, se modifican se adaptan al apogeo de Roma Imperial. Este mismo proceso de cambio y adaptación se repite en la alta Edad Media, con la baja Edad Media, en el surgimiento del Estado moderno siglo (xv), y en el nuevo régimen surgido a raíz de la Revolución Francesa (1789). Dinámica que por otra parte, se mantiene en nuestros días y que, también se dio en otras sociedades políticas no occidentales (las civilizaciones americanas anteriores al siglo XV, el lejano oriente, etcétera).¹⁴

A medida que el Estado se iba consolidando, la Administración Pública incorporaba nuevos cometidos a su ámbito de competencia. Este movimiento orientado a aumentar el radio de acción de la función administrativa no ha cesado en la actualidad, por que prácticamente toda actividad social implica relaciones con los Órganos del Poder Ejecutivo Federal, local o municipal.

Tal ensanchamiento del campo de acción de la Administración Pública ha producido la innovación y proliferación de métodos, reglas y organismos; lo que ha motivado que se haya ensayado una multiplicidad de variantes en las estructuras del Poder Público y el incremento de la diversificación de sistemas.

Los entes del Poder Público encargados de coordinar los recursos de diversa índole para el logro de ciertos objetivos, constituyen la materia que integra a la Administración Pública. la Administración Pública al ser analizada, por la ciencia o teoría de la administración y desde un punto de vista eminentemente general comprende los elementos siguientes: organización, coordinación, finalidad, objetivos, métodos operativos, planeación, control y evaluación.

Desde el punto de vista teleológico, es decir, aquel en el que se tienen en cuenta los fines que ella persigue, los cuales pueden lograr el bien común, satisfacer las necesidades colectivas, mantener la hegemonía de un grupo social,

¹⁴ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo, 2ª. Ed., Editorial Harla, 1994, pág. 47.

alcanzar la justicia social, etcétera, existen dos puntos de vista o criterios a los que se acude para establecer la naturaleza o materia que integra a la Administración Pública, los cuales nominan a) orgánico y b) dinámico o funcional, respectivamente.

a) Orgánico.- mediante este criterio, el objeto de la ciencia de la administración lo conforman todos los entes que dependen del poder ejecutivo; ya sea que tal vinculación sea real o formal (incluye secretarías, órganos descentralizados, comisiones, empresas públicas, entre otras).

b) Dinámico o funcional.- según este punto de vista, la materia de la ciencia de la Administración está constituida por aquellas acciones del Poder Público, cuya naturaleza es materialmente administrativa. Esto es, el objeto por estudiar es el quehacer estatal que se realiza en forma de función administrativa, de cometido o actividad administrativa.

Andrés Serra Rojas en su libro de Derecho Administrativo hace referencia a Luther Gulick que dice “la Administración Pública es aquella parte de la ciencia de la Administración que concierne al gobierno, fundamentalmente al Poder Ejecutivo que es el encargado de llevar a cabo las tareas gubernamentales. Existen problemas administrativos en los poderes Legislativo y Judicial; sólo porque, por definición, es el poder ejecutivo o administrativo el encargado de realizar la política gubernamental, considerando el poder público en conjunto.”¹⁵

La Administración Pública es pues, la ejecución y la observancia de la política gubernamental, según ha sido delineada para autoridades competentes, y por lo tanto, a ella conciernen los problemas, poderes, organización y técnicas que lleva implícita la aplicación de las leyes y políticas formuladas por las dependencias gubernamentales encargadas de ello. La Administración Pública es la ley en acción: es la parte ejecutiva del gobierno.

¹⁵ SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, t I, 12a Ed., Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 245.

La Administración Pública en consecuencia, primordialmente se encarga, por mandato legal de tramitar los negocios públicos que se les ha asignado. Sin embargo, los negocios públicos pueden abarcar ámbitos políticos distintos y en esa forma la Administración Pública puede ser de carácter internacional o nacional; puede ser de tipo federal o central, estatal o departamental, municipal o urbana. Puede abarcar también las actividades de tipo legislativo, puesto que existe mucho de administración en la elaboración de leyes. Abarca asimismo las funciones de las cortes en su papel de administradores de justicia; a las oficinas civiles y militares que dependen directamente o no del ejecutivo, etc. en esta forma la Administración Pública puede ser de la rama ejecutiva, de la rama legislativa, de la rama judicial, de la rama militar, entre otras.

Por lo que respecta a la actividad específica de la aplicación, la Administración Pública podría a su vez, referirse a administración de personal, de presupuesto, de materiales y financiera.

2.1.2. PRIVADA.

La Administración Privada o en sector privado como su nombre lo indica es aquella que se realiza entre particulares. Sus primeras manifestaciones las encontramos en la época de los romanos quienes así distinguieron entre la normatividad dirigida a conservar “la cosa romana” y la referida a la utilidad de cada persona, considerada ésta en particular e independiente del cuerpo social.

“Ahora bien el derecho administrativo privado, lo refiere Kant, retoma la idea y la incorpora a su sistemática, y por ende indica que debemos entender que es el sistema normativo que regula las relaciones jurídicas entre los particulares, quienes se encuentran en plano de igualdad ante la ley”.¹⁶

¹⁶ Ibidem, pág. 260.

Toda vez que en el derecho privado es esencialmente el derecho de la propiedad que a ésta se le considera el elemento en el que se basa la formación del Estado y del derecho moderno.

Este derecho, de y para los propietarios, tiene en el contrato su expresión más acabada, en virtud del cual, ellos se relacionan voluntariamente, y en dicha relación siempre se destaca un contenido económico.

“Esta proposición, que en la actualidad es tan obvia, ni remotamente lo era antes de Kant, quien, avanzando todavía más, sostiene que todos los hombre somos propietarios, aún cuando no poseamos nada, ya que estamos en la posibilidad legal de serlo. Asimismo, resuelve el problema que se planteaba al pensar que la propiedad consistía en una relación entre el individuo y la cosa en sí, lo que implicaba necesariamente su posesión física y que el lugar donde estuviera el objeto requería la presencia del propietario”.¹⁷

“Kant afirmó que el concepto de la propiedad establece no sólo una relación con el objeto sino también, y de manera fundamental, con los demás propietarios, quienes están obligados recíprocamente a respetar tal derecho. Con esto, desencadena al individuo de la cosa, al otorgarle el pleno reconocimiento social a su calidad de dueño y avalando su derecho por el Estado, este último en el carácter de propietario originario de todo.”¹⁸

En cuanto hace a la Administración Privada como característica en la vida actual es la hiperespecialización de las ciencias, técnica y de todo conocimiento y estudio, como lo vemos hoy en día y que ocurre en las empresas o personas morales que actualmente se regulan por sus propios estatutos y reglamentos para llevar a cabo un mejor quehacer humano que en mayor o menor medida es casi toda la actividad de la sociedad que está contemplada por las reglas del derecho.

¹⁷ Ibidem, pág. 261.

¹⁸ Ibidem, pág. 263.

“El ser humano es social por naturaleza, por ello tiende a organizarse y cooperar con sus semejantes. La historia de la humanidad puede describirse a través del desarrollo de las organizaciones sociales partiendo en la época prehispánica por las tribus nómadas, donde comienza la organización para la recolección de frutas y la caza de animales, y después con el descubrimiento de la agricultura da paso a la creación de las pequeñas comunidades.”¹⁹

Ahora bien a medida que el Estado aborda cometidos industriales y comerciales, pasando a sustituir a la iniciativa privada en renglones que puede ser una estricta relación que se deriva del poder jerárquico e imprimiéndole agilidad para actuar como empresa pública de ahí que emane el sentido de algunos entes públicos paraestatales.

Sobre todo cuando hablamos de administración privada se colige con el vocablo empresa, y esta definición se ha reservado prácticamente para denominar a cualquier negociación comercial o industrial, sin importar su naturaleza o estructura jurídica, los juristas mexicanos están de acuerdo en que el término del que nos ocupamos, es una categoría de índole económica. Sin embargo, el derecho positivo hace constante referencia a la empresa, sin llegar a delinearla adecuadamente.

2.2. ORGANISMOS DEL ESTADO

La formas de organización del Estado, es decir, los sistemas del como se estructuran los entes del Poder Ejecutivo, están determinadas por la liga jerárquica que con mayor o menor intensidad los vincula con el titular del mismo. Ya sea que ese titular se llame Presidente, Primer Ministro, Gobernador o Ayuntamiento. Las formas de organización son la manera como estará integrada la Administración Pública; como se ordenarán los órganos del Poder Público encargados de la actividad o función administrativa del Estado.

¹⁹ MONTAÑO, Agustín, Manual de Administración Municipal, Editorial Trillas, México, 1987, pág. 79.

Los órganos que integran esencialmente el Estado son la centralización, la desconcentración y la descentralización, estas tres formas habrán de analizarse con cierto detalle en los puntos que se desarrollarán en el transcurso del presente trabajo, sin embargo cabe mencionar que el derecho mexicano vigente establece las siguientes formas de organización:

I. Centralizada

II. Desconcentrada

III. Paraestatal, dividida en:

- a) Organismos descentralizados
- b) Empresas de participación estatal mayoritaria
- c) Empresas de participación minoritaria, y
- d) Fideicomisos públicos

La Centralización de los órganos depende inmediata y directamente del titular del Poder Ejecutivo. Mientras en la Desconcentración, los entes guardan relación jerárquica con algún órgano centralizado, pero existe cierta libertad en lo que respecta a su actuación técnica. La Paraestatal no es otra más que la descentralización, esta se estructura mediante entes que ostentan una personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y cuya liga con el jefe del Poder Ejecutivo es de carácter indirecto. Como se clasificó anteriormente, existen cuatro órganos paraestatales, regulados por diversas disposiciones y pueden adoptar variados esquemas en lo que se refiere a su origen, funcionamiento y objetivos.

2.2.1. CENTRALIZADOS

Para Rafael I. Martínez Morales: “la centralización es una forma de la organización administrativa en la cual entes del Poder Ejecutivo se estructuran bajo el mando unificado y directo del titular de la Administración Pública”.²⁰

Para Gabino Fraga el régimen de centralización administrativa se da cuando “los órganos se agrupan colocándose unos respecto de otros en una situación de dependencia tal, que entre todos ellos existe un vínculo que, partiendo del órgano situado en el más alto grado de ese orden, los vaya ligando hasta el órgano de ínfima categoría, a través de diversos grados en los que existen ciertas facultades”.²¹

Para el tratadista uruguayo Enrique Sayagués dice que “la Centralización existe cuando el conjunto de órganos administrativos está enlazado bajo la dirección de un órgano central único”.²²

Lo anterior lo refieren de forma unánime que la relación jurídica que liga a los diversos órganos colocados que constituyen lo que se denomina relación de jerarquía, mediante la cual se mantiene la unidad de Poder Administrativo a pesar de la diversidad de los órganos que lo forman, la conservación de esa unidad está garantizada por la concentración del poder de decisión y del de mando. Ahora bien, la concentración del poder de decisión consiste en que no todos los empleados que forman parte de la organización administrativa tiene facultad de resolver, de realizar actos jurídicos creadores de situaciones de derecho, ni de imponer sus determinaciones.

²⁰ Ibidem, pág. 52.

²¹ FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 25a ed., Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 366.

²² SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 4ª. Ed., Montevideo, 1974, pág. 538.

Los demás órganos simplemente realizan los actos materiales necesarios para auxiliar a aquellas autoridades, poniendo los asuntos que son de su competencia en estado de resolución. De esta manera, aunque sean muy pocas las autoridades que tienen facultad de resolución, ellas pueden realizar todas las actividades relativas a la Administración, en vista de la colaboración de los órganos de preparación. Un secretario de Estado, por ejemplo, tiene la posibilidad de resolver todos los actos previos a esta resolución, es decir de realizar todo lo necesario para el estudio del asunto, lo anterior no siempre lo hace personalmente el Secretario, sino que están encomendados al grupo de empleados que dependen de él.

“No solo la concentración del poder de decisión tiene lugar en el régimen centralizado, sino que esa concentración llega a abarcar hasta el aspecto técnico que presenta la atención de los asuntos administrativos. Esto se logra mediante las órdenes e instrucciones que los superiores pueden dirigir a los inferiores, las cuales se fijan las bases para el estudio y preparación de los asuntos que requieren una competencia técnica especial.”²³

Además, en el régimen centralizado existe una concentración de la fuerza pública, de tal manera que las medidas de ejecución forzada de las resoluciones administrativas no pueden llevarse a cabo por cualquier órgano de Administración, sino por un número muy reducido de ellos a quienes legalmente se les otorga competencia para ese efecto.

En nuestro sistema constitucional, en el Poder Ejecutivo hay que distinguir dos elementos: el titular del Poder y el conjunto de órganos que le están subordinados.

El Presidente tiene en nuestra organización constitucional un doble carácter: de órgano político y de órgano administrativo. el primero deriva de la

²³ Ibidem, pág.545.

relación directa e inmediata que guarda con el Estado y con los otros órganos representativos del mismo Estado, dentro de la esfera que le señala la ley, su voluntad constituye la voluntad del Estado.

En su carácter de órgano administrativo, debemos decir que el mismo se configura al realizar la función administrativa bajo el orden jurídico establecido por el Poder Legislativo, es decir cuando el Presidente de la República obra como autoridad administrativa, se está realizando o siguiendo la voluntad del legislador, a diferencia de cuando obra como órgano político, caso en el cual realiza su propia voluntad, la cual resulta ser la voluntad del Estado, dado el carácter representativo con que la realiza.

Como autoridad administrativa, el Presidente de la República constituye el Jefe de la Administración Pública Federal (ocupara el lugar más alto de la jerarquía administrativa), concentrando en sus manos los poderes de decisión, de mando y jerarquía necesarios para mantener la unidad en la Administración.

2.2.2 DESCONCENTRADOS.

En esta forma de organización los entes guardan relación jerárquica con algún órgano centralizado, pero existe cierta libertad en lo que respecta a su actuación técnica.

“Es un modo de estructurar los entes públicos en su dependencia con el jefe del Ejecutivo, implica una manera de diluir el poder y la competencia en los subordinados, para despachar asuntos. Los entes desconcentrados forman parte de los órganos centralizados por lo tanto no llegan a tener personalidad jurídica propia.”²⁴

²⁴ MONTAÑO, Agustín, Ob. cit., pág. 107.

En la desconcentración política, lo que se está transfiriendo no es sólo el ejercicio de la función administrativa, sino el total de atribuciones localizadas en otros niveles de organización del Estado (entidades federativas y municipios). Aunque conforme a nuestro sistema se supone que fueron los Estados que constituyeron la Federación, cediéndole a ésta ciertas materias y conservando el resto. Aceptando la desconcentración política, ésta la constituyen los municipios y los Estados miembros de la Federación.

En cuanto a la desconcentración administrativa consiste en una forma de organización en la que los entes públicos, aun cuando dependen jerárquicamente de un órgano centralizado, gozan de cierta autonomía técnica y funcional en este tipo de desconcentración Administrativa tenemos por ejemplo al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Politécnico Nacional, la Comisión Nacional Bancaria, la Comisión Nacional de Valores, la Comisión Nacional del Deporte, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y el Hospital General de México.

Por otra parte, del término desconcentración se ha abusado en su empleo al utilizarlo para designar figuras que en Derecho Administrativo tienen otra denominación o incluso, para cuestiones ajenas al derecho; así se emplea indebidamente, como sinónimo de descentralización, tampoco es lo mismo la desconcentración política; también se mal emplea para expresar delegación de facultades y para señalar la mudanza de una dependencia o entidad o para indicar la distribución de labores dentro de una oficina, tal uso indiscriminado del vocablo desconcentración solo favorece la confusión terminológica en el Derecho Administrativo. Ciertamente que ese uso indebido se encuentra tanto en textos legales como en doctrinarios, desde luego, esto no supone que no se puedan delimitar sus alcances.

La desconcentración ha sido considerada la primera etapa de la descentralización, dado que ya implica cierto grado de autonomía en lo que

concierna a su libertad de acción en asuntos técnicos. Teniendo como ventajas el que se dedican a cuestiones técnicas de índole no política. Al contar con competencia y facultades propias, su actuar es más ágil y si se trata de desconcentración territorial, la autoridad estará más cerca del gobernado.

Según nuestro sistema administrativo, la desconcentración puede ser por materia o por territorio, para Maurice Bourjol los tipos de desconcentración son: “vertical, horizontal y por servicio. Y que no debe confundirse con la delegación de facultades, la descentralización administrativa o la reubicación física de oficinas gubernamentales.”²⁵

La desconcentración en Derecho Administrativo, tradicionalmente se ha considerado como una forma de organización administrativa referida a entes que realizan función administrativa, y que gozan de cierta libertad de acción en el aspecto técnico, propio de alguna materia que es de la competencia del órgano central del cual dependen dichos entes.

Los órganos desconcentrados tienen las siguientes características:

A) Forman parte de la centralización administrativa, mantiene liga jerárquica con algún órgano centralizado (Secretaría, Departamento o Procuraduría), poseen cierta libertad para su actuación técnica; debe ser un instrumento de derecho público (Ley, Reglamento, Decreto o Acuerdo) el que los crea, modifique o extinga; cuentan con competencia limitada a cierta materia o territorio y no poseen personalidad jurídica propia.

B) La libertad de acción o autonomía técnica que poseen los órganos desconcentrados en la nota específica de ellos. Se trata de una autonomía operativa y para ciertas decisiones, pero la política general y las directrices globales son definidas por el órgano centralizado.

²⁵ BOURJOL, Maurice, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Paris, 1972, pág. 528.

C) La autonomía financiera no se da, ya que están incluidos en el presupuesto del ente central al que pertenecen, tampoco cuentan con ingresos y patrimonio propios; en caso de recaudar ciertos ingresos, éstos deben concentrarse en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

D) Hay un supuesto de Desconcentración vertical cuando la competencia conferida al desconcentrado, está integrada por asuntos cuyo despacho correspondió anteriormente al superior jerárquico, quien ve así reducidas sus facultades de ejercicio directo en determinado ámbito competencial. Ese desplazamiento de competencia hace ser un órgano a otro, de lo contrario, si fuera de funcionario a funcionario, estaríamos en presencia de la delegación de facultades y no ante la desconcentración.

E) Hay una desconcentración regional cuando el órgano centralizado, por disposición jurídica, ha trasladado a entes con igual jerarquía, asuntos de su competencia original, para ser atendidos en cierta circunscripción territorial. Tal sería el caso de las distintas oficinas regionales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: como las subprocuradurías fiscales y las administraciones fiscales regionales.

2.2.3. DESCENTRALIZADOS

Se estructura mediante entes que ostentan una personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y cuya liga con el Jefe del Poder Ejecutivo es de carácter indirecto. Este término se puede utilizar en una connotación política, ya que en el Estado moderno, el poder se estructura en distintos niveles; Nacional, Provincial y Municipal; en nuestro derecho corresponden a la Federación, Estados y Municipios. Por lo tanto se estará hablando de descentralización al referirse a los órganos locales de gobierno; independientemente que la circunscripción territorial en la que tengan competencia se llame Estado, Provincia, Entidad,

Departamento, Municipio, Condado, Comuna o Distrito, aunque la noción es compleja, por que en México está reservado para designar a órganos de la administración pública y no a gobiernos locales.

Se ha llegado a confundir la descentralización administrativa con la desconcentración, a tal punto que se usan como sinónimos; también se emplea indebidamente como equivalente de delegación de facultades y de reubicación física de instalaciones gubernamentales.

La expresión descentralización está reservada para significar a determinados organismos del Poder Ejecutivo, con el cual guardan una relación indirecta, la descentralización como forma de organización administrativa surge de la necesidad de imprimirle dinamismo a ciertas acciones gubernamentales mediante el ahorro de los pasos que implica el ejercicio del poder jerárquico propio de los entes centralizados. En su surgimiento, influyó la incursión del Estado dentro de actividades industriales, financieras y comerciales, las cuales implicaban conferirle un matiz de empresa privada a las organizaciones encargadas de esas tareas.

En nuestro país por iniciativa de Lucas Alamán se crea en 1830, el primer órgano descentralizado: el Banco de Avío, es el periodo de consolidación de la Revolución Mexicana (1921-1938), en el cual los entes descentralizados proliferan, principalmente dentro de los ramos de las finanzas, los energéticos y las comunicaciones.

En la actualidad la descentralización mexicana equivale a lo que la ley denomina Administración Pública Paraestatal; ésta comprende organismos descentralizados en sentido estricto, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos, los cuales presentan una serie de variantes.

A partir del 21 de abril de 1981, fecha en que se publicó la reforma al Artículo 90 constitucional y en el que se señala claramente que la Administración Pública será centralizada y paraestatal, ya no hay duda alguna acerca del fundamento de la Ley Suprema, en que se apoyan los Organismos desconcentrados, descentralizados y las empresas de participación estatal.

2.3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS

Frecuentemente en la Administración Pública, Privada o Restringida; se adaptan a los principios rectores que analizaremos en el presente punto sobre todo por que debemos considerar la falta de regulación legal y lo mas básico para entender el procedimiento administrativo para la contratación de servicios.

Las normas que requieren el empleo de procedimientos específicos para seleccionar al contratante de la Administración tienen su “ratio legis” en la necesidad de asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato, evitando, a su vez, la existencia de vicios, en la respectiva elección por el funcionario competente.

Algo similar ocurre cuando un particular llama, por ejemplo, a la licitación; la ventaja que éste obtiene está dada por el beneficio que representa la adjudicación del contrato en las condiciones más favorables para los propósitos perseguidos.

Con relación a las doctrinas elaboradas para la Administración Pública indican que “se trata de principios esenciales que deben regir cualquier licitación. Aun cuando sea derecho privado, si se ha optado por esa vía para formalizar los contratos”.²⁶

²⁶ GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, t 2, 5ª. Ed., Editorial Harla, Argentina, 2002, Pág. 7.

La selección del contratante con el Estado se realiza por alguno de los sistemas establecidos por el ordenamiento jurídico. Aun cuando se discuta en doctrina, el principio en esta materia es la “libre elección”, exigiéndose un procedimiento específico sólo cuando así lo requiera una norma expresa. Pero a pesar de no hallarse prescrita su obligatoriedad, nada obsta a que se recurra a estas formas por razones de conveniencia. En nuestro derecho, los procedimientos reglados de adjudicación de los contratos de la Administración son: la licitación, la contratación directa, el remate público y el concurso.

La licitación es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados para que conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas *pliego de condiciones formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación que perfecciona el contrato.*

La doctrina reconoce tres especies de licitación: pública, privada y restringida. Estos tipos de licitación, si bien coinciden en su esencia, presentan marcadas diferencias.

Licitación Pública. Por ella se entiende, en el ámbito del Derecho Público, el procedimiento de selección del cocontratante de la Administración, donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, ya que pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, según la legislación vigente, estén en condiciones de presentarse.

El rasgo típico de esta modalidad lo da la posibilidad de que concurra un número ilimitado de oferentes, con la única condición de que se hallen encuadrados en las disposiciones normativas vigentes. La adjetivación como pública de la licitación, no hace referencia a su aplicación exclusiva a los contratos de la Administración, sino que caracteriza por obedecer al llamado público a un

número ilimitado de oferentes. Por eso, se le denomina también Licitación abierta, misma que se basa en tres principios básicos:

1) Publicidad. Es esencial, ya que cuanto mayor sea la publicidad que se dé a un llamado, mayor será la posibilidad de afluencia de concurrentes u opositores. Si bien los distintos reglamentos de contrataciones (se debe tener siempre presente que la legislación administrativa es de carácter local) determinan la obligatoriedad de la publicación en el Boletín Oficial de la jurisdicción, es sumamente conveniente el anuncio en diarios o en otros medios de difusión, a fin de que se presenten más interesados. De aplicarse a la publicidad como un elemento tipificante de la licitación pública, porque para que tenga lugar es menester que los eventuales licitadores tomen conocimiento del llamado a licitación; de lo contrario, no podrían comparecer haciendo sus ofertas.

2) Concurrencia. Tiende a una efectiva competencia necesaria para alcanzar la finalidad que lleva a emplear este procedimiento. Es por ello que las distintas reglamentaciones (nacionales o provinciales) establecen que para que haya una buena competencia de precios, los pliegos de condiciones deben favorecer la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes, con lo cual el licitante está en condiciones de realizar una mejor selección.

3) Igualdad. Es esencial que la licitación reúna este carácter para configurarse como tal y para evitar una posible convivencia entre el licitante y algunos de los oferentes.

En el ámbito de la contratación pública, este principio corolario del artículo 134 de la Carta Magna informa toda la vida del contrato nacido como consecuencia de la adjudicación. Es decir, se manifiesta desde el inicio del procedimiento de selección hasta la adjudicación, requiriendo que todos los oferentes se encuentren en idénticas condiciones y tengan las mismas facilidades. Pero no se agota en el momento de adjudicación del contrato, sino que se inserta durante su ejecución.

Las violaciones a este principio por parte del organismo o entidad pública licitante afectan al sistema republicano y representativo de gobierno, infringiendo lo establecido expresamente por nuestra Carta Suprema.

En el ámbito de contratación privada, entendemos que tampoco se puede dejar de lado este principio, porque la seriedad y seguridad que brinda el procedimiento licitatorio así lo exigen, sería ir contra de la buena fe, que debe presidir la conducta de las partes, no sólo durante la vigencia del contrato sino también en proceso formativo. El actuar arbitrariamente, olvidando este principio, cuando se optó por este sistema de contratación, implica defraudar las expectativas del oferente o los oferentes perjudicados, pudiendo tal actitud configurar un acto abusivo.

Estimamos que quien llama a licitación para la adjudicación de un contrato de derecho privado, se obliga a respetar la igualdad de trato de los oferentes, lo que conlleva la obligación de respetar también los pliegos de condiciones (generales y particulares) y las especificaciones técnicas que sirvieron de base al llamado. Es decir que el licitante debe observar los procedimientos que el mismo ha fijado en los pliegos, en el momento de su redacción, como lógica consecuencia, los proponentes también han de tener en cuenta dichas reglas para poder ser adjudicatarios.

Licitación Privada. Es el procedimiento de contratación en el cual intervienen como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas por quien efectúa el llamado. Es una invitación o pedido de ofertas dirigido a determinadas empresas o personas elegidas discrecionalmente.

Se diferencia de la licitación pública en la extensión y alcance del llamado; en la privada, la presentación de los oferentes responde a una invitación personal, directa, por lo cual la influencia de proponentes va a ser limitada. Se le denomina

también en razón de sus caracteres tipificantes, licitación cerrada. Hasta 1988 se distinguía de la pública porque no requería publicidad. A partir de que se instaure un nuevo régimen de publicidad que alcanza a todos los procedimientos de selección del contratante (incluso la contratación directa).

Licitación Restringida. Es, en realidad, una subespecie de la licitación pública, aunque algunos autores la confunden con la privada. La diferencia está en que se busca en el eventual cocontratante alguna cualidad específica. Así, habrá restricción cuando se admita como oferentes solamente a aquellos comerciantes que superen un mínimo de producción anual, o que se encuentren dentro de determinada área geográfica. Lo importante es que aquí no hay una invitación personalizada como en la licitación privada, sino un llamado a licitación con alguna limitación.

La Contratación Directa. En el ámbito del Derecho Público, éste es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente a su cocontratante, sin puja o concurrencia. En esta forma de contratación, la Administración tiene un amplio margen de libertad para seleccionar al cocontratante quedando excluida la atribución automática del contrato. Sin embargo, estamos también ante un procedimiento reglado, por que la Administración debe dar cumplimiento a determinados recaudos; por ejemplo, en algunos casos, debe requerir ofertas a tres casas del ramo, de conformidad con lo prescripto por el reglamento de la Ley que regula la materia. Precisamente por ello, este sistema es distinto de la libre elección donde se deja total libertad a la Administración, que puede contratar sin necesidad de observar procedimiento alguno.

Para un sector de la doctrina iúadministrativa, cuando la Administración debe solicitar ofertas a más de una casa del ramo, porque así lo exige la reglamentación, el procedimiento a seguir tendrá el carácter automático propio de la licitación pública.

Esto es aplicable, por analogía, a la contratación privada, porque cuando este procedimiento es utilizado por un particular también él ve limitada su libertad, en tanto debe adjudicar a quien presenta la mejor propuesta de acuerdo con lo requerido cuando solicitó las ofertas.

Concurso. Es el procedimiento de selección contratante, por oposición, que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre los diversos presentantes o intervinientes.

Como se desprende del propio concepto, es distinto de la licitación, porque si bien en ambos procedimientos tienen un sustrato común (también el remate), dado por la existencia en ellos del factor oposición o concurrencia, difieren en el aspecto en que incide esa oposición: en el concurso se tiene en consideración especialmente las condiciones de carácter técnico-personal y en la licitación se tienen en vista los factores de orden técnico-económico y financiero. Consecuentemente, la expresión "concurso de precios", de frecuente uso tanto en la práctica administrativa como en el ámbito privado (se habla de concursos de precios para la ejecución de un edificio, o la realización de una parte de él por ejemplo la instalación eléctrica), es impropia, porque el término concurso nada tiene que ver con el precio. El último interesa particularmente a la licitación, y este es el vocablo correcto que se debe utilizar en estos casos.

Ejemplificando lo expuesto, se llamará a concurso para proveer un cargo de profesor titular de la universidad, o en materia de anteproyectos y proyectos de arquitectura o ingeniería. En cambio, se utilizará el procedimiento de licitación si lo que se desea contratar es un suministro de mercaderías. A veces el concurso no es utilizado para seleccionar el cocontratante definitivo de quien efectúo el llamado. En algunas oportunidades, dada la índole de la obra a realizar el objetivo del concurso puede consistir en determinar concretamente a quién se le atribuirá la construcción de dicho trabajo. Pero otras veces es utilizado para seleccionar el

proyecto cuya realización se le confiara posteriormente a un tercero (elegido por medio de algún procedimiento específico o simplemente por la libre elección).

El concurso coloca a las partes intervinientes en él (quien formuló expresamente el llamado y los concurrentes) en un plano contractual, pudiendo determinar un contrato entre el concursante elegido y quien realizó el llamado. Se diferencia así del denominado “concurso-estimulo”, que en ocasiones suele sustituir el Estado (incluso a veces los particulares) para el otorgamiento de premios o distinciones a los concursantes preferidos por los respectivos jurados o comisiones asesoras. Tales concursos-estímulos, en cambio, no colocan a las relaciones entre las partes en un plano contractual, sino en una situación puramente reglamentaria.

Mecanismo de la Licitación Pública. En términos generales, siguiendo a Marienhoff, podemos mencionar los siguientes momentos del procedimiento de licitación:

I.- Redacción del pliego de condiciones. El pliego de condiciones es el conjunto de escritos que determinan las condiciones del contrato.

Existen dos clases o tipos de pliegos:

a) De condiciones generales. Como su nombre lo indica establecen las pautas generales de la contratación, válida para todos los contratos de la misma especie. En el campo del Derecho Administrativo, el reglamento de contrataciones del Estado es considerado como un pliego de condiciones de carácter general, pues los contratos de Administración Pública se rigen por esas disposiciones.

b) De condiciones particulares. Fijan las condiciones específicas de cada contrato, complementando así a las mencionadas anteriormente.

En el ámbito de la contratación privada, y atento a la falta de una regulación específica del procedimiento a seguir, es de suma importancia que el licitante redacte los pliegos en forma pormenorizada y sin ambigüedades, porque en base a ellos se determinarán los derechos y deberes de las partes intervinientes. En el concurso, las bases del llamado son el equivalente del pliego de condiciones en procedimiento licitatorio. Se trata de un conjunto de cláusulas dictadas unilateralmente por quien efectuó el llamado que regulan el trámite de elección del candidato. Dichas cláusulas son obligatorias tanto para quien las dictó (quien realiza el concurso) como para quien concurre al concurso.

Los pliegos de condiciones y las bases de los concursos fijan los derechos de las partes y establecen el vínculo jurídico.

II.- Llamado a licitación. En este momento se concreta la publicidad de la oferta y esta destinada a suscitar la concurrencia de oferentes y colocarlos en un pie de igualdad. Permite al licitante elegir entre muchas ofertas la que presente mejores condiciones, y a los interesados en el procedimiento, evaluar la conveniencia de presentarse o no, de allí la necesidad de que el llamado sea redactado en forma clara y precisa.

III.- Publicación.-La Legislación positiva de cada jurisdicción establece las modalidades y la duración de la publicidad, y su cumplimiento resulta esencial para la validez de la licitación. La confusa redacción del llamado, acarrea la ilegitimidad del acto (por falta de certeza –requisito del elemento objeto-). La falta de respeto a las normas de publicidad afectan también la validez del acto, determinando una nulidad (por vicio en el elemento de forma) absoluta o relativa, según el caso.

Dentro del marco del Derecho Privado, no existe regla positiva que rijan el procedimiento, por lo que estimamos que deben tenerse en cuenta los principios y normas vigentes en las licitaciones llevadas a cabo por la Administración. Y esto

no sólo para la resolución de posibles controversias, sino también como guía para la formulación del llamado. Así por ejemplo en cuanto a los requisitos que éste debe contener.

IV.- Presentación de propuestas. Pueden presentarse en forma escrita o verbal dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones o en la reglamentación pertinente. En el derecho administrativo, las formalidades que exigen para esta etapa son diversas. Deben ser escritas y secretas, por lo que se deben presentar en sobre cerrado.

V.-La presentación de la oferta (en el ámbito del Derecho Público) es fuente de dos deberes a cargo de quien la presentó. El primero consiste en mantener la oferta en un plazo determinado, en las licitaciones particulares es esencial su fijación en los pliegos. El segundo implica prestar una garantía de oferta. Esta garantía suele ser utilizada en el campo del Derecho Privado, actuando como indemnización tarifada para el caso de que el oferente no mantenga su oferta. Pueden emplearse en este el monto de la fianza de garantía que el Derecho Administrativo, puede trasponer a un porcentaje del monto total del contrato a adjudicarse.

VI.- Apertura de los sobres, se da en los sistemas en los que la presentación se realiza por escrito. Es un acto público, en la cual el actuario lee todas las propuestas. Labrándose acta del resultado obtenido (deberá ser totalmente objetiva). El acta debe ser firmada por el licitante (o funcionario competente) y los licitadores. Estos últimos podrán dejar constancia en ella de las observaciones que les merezca el acto o cualquiera de las propuestas presentadas.

VII.- Preadjudicación. Los oferentes pueden hasta la apertura de las propuestas, hacer declaraciones, reclamaciones, así como también prestar nuevas propuestas que dejen sin efecto la anterior. Finalizando el acto público de

apertura, se debe proceder al análisis particular de cada una de las propuestas por parte de las autoridades competentes. En las licitaciones llevadas a cabo por la Administración Pública, su estudio no corresponde a los funcionarios que presiden el acto de apertura. Para poder proceder a este estudio tiene que confeccionarse un cuadro comparativo de todas las propuestas presentadas, como base para la preadjudicación correspondiente, a efectuarse por la comisión de preadjudicación. Esta comisión conforma un servicio de asesoramiento administrativo técnico; su competencia se manifiesta mediante el dictamen que se conoce como preadjudicación, que es en realidad un proyecto de adjudicación.

Cuando se recurre a este procedimiento en el Derecho Privado, también resulta de evidente utilidad la formación de una comisión de asesoramiento o de preadjudicación, ya sea ésta un órgano permanente dentro de la empresa licitante o se haya constituido al efecto. Son mayores las razones que avalan su constitución cuando se trata de contrataciones para cuya apreciación se requieran conocimientos técnicos o especializados, en cuyo caso la comisión debe estar integrada por un especialista en la materia, o en su defecto podrá solicitarse a otros organismos (públicos o privados) todos los informes que estime necesarios. Tal proceder es beneficioso no sólo para los oferentes (en cuanto brinda mayor objetividad a la adjudicación y, por tanto, mayor seguridad al negocio emprendido), sino también para el licitante –persona de existencia visible o ideal– dado que de esa manera se asegura una eficiente adjudicación. Que es en definitiva la finalidad del empleo de tal procedimiento.

Con respecto al concurso, es frecuente la formación de un jurado para que falle o designe a la persona vencedora. En tal caso, el fallo del jurado es vinculante para la persona que llamo a concurso. Se diferencia del dictamen de la comisión de preadjudicación, en que puede ser modificado en el acto de adjudicación (siempre motivando esta decisión). Claro está que el fallo del jurado también puede ser atacado por corrupción, fraude, entre otros.

VIII.-Adjudicación. Es el acto administrativo que pone fin al procedimiento licitatorio. Pero para que el contrato se encuentre perfeccionado es necesaria su notificación; sólo a partir de la recepción de la notificación nace el contrato, generado de la relación entre la Administración Pública y su cocontratante (el oferente que resultó adjudicado).

En cambio, cuando la adjudicación da lugar al nacimiento de una relación contractual regida por el Derecho Privado, entendemos que en virtud de lo dispuesto por el Código Civil, reconocimiento positivo de la teoría de la emisión del contrato se perfeccionará en el momento en que el anunciante de la licitación envíe o emita la notificación de la adjudicación que no es otra cosa que el envío de la aceptación de la mejor oferta presentada. Sin embargo, en razón del sistema mixto adoptado por el codificador, esta aceptación se podrá retractar antes que ella haya llegado al conocimiento del proponente como consecuencia de la teoría de la información.

De todos modos, el llamado a licitación, al igual que el llamado a concurso, una vez formulado opera como una auto limitación del anunciante (administración o particular), en punto a la elección del anunciante (Administración o particular), en punto a la elección de su cocontratante. Consecuencia de ello es su obligación de indemnizar a los damnificados por una conducta que no se ajusta a los pliegos de la licitación o a las bases del concurso.

El criterio para seleccionar al oferente puede basarse en el ofrecimiento del “precio más bajo” o de la “oferta más conveniente”. El primer parámetro es de apreciación eminentemente objetiva, mientras que en el segundo existe un amplio margen de subjetividad, lo que no implica que la decisión sea totalmente discrecional (no tiene la posibilidad de elegir cualquier oferta) sino que al tratarse de un “concepto en que existan varias opciones, que será jurídicamente válida y que conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas (por ejemplo la calidad de los

materiales, idoneidad financiera que a partir de la eliminación del Registro de Proveedores del Estado no se encuentra acreditada, desvirtuándose el carácter automático de la licitación).

En las licitaciones convocadas por el Estado, suele requerirse al adjudicatario la constitución de una garantía de adjudicación.

En cuanto a la formalización del contrato, en este momento nacen las obligaciones derivadas del contrato. Sin embargo, existen excepciones a dicho principio, que son consecuencia de la exigencia de una formalidad ad solemnitatem absolutia (o forma constitutiva) para la celebración válida del contrato.

En materia de Derecho Público podemos citar como ejemplos; a) el contrato de obra pública, que se perfecciona con su suscripción, y b) el contrato de suministros, donde se requiere la entrega de la orden de compra.

En la naturaleza jurídica la licitación es un procedimiento tendiente a la celebración de un contrato, por lo que no debe confundirse con éste, que es un acto jurídico formalmente bilateral, lo cual puede decirse con respecto al concurso.

Estamos ante uno de los tantos contratos de adhesión, donde quién realiza el anuncio predispone las condiciones de contratación a las cuales se adhieren aquellas personas que concurren al llamado. Esto no resiste un análisis jurídico y se brindan las notas de necesidad de una de las partes y la configuración de las cláusulas contractuales que la otra parte establece unilateralmente inherentes al contrato de adhesión, sino que, por el contrario, los que comparecen al concurso lo hacen por la adjudicación de la obra material, ofreciendo cada uno de los que concursan su solución arquitectónica, artística, etc., o el precio más conveniente.

Nada más adverso que la simple adhesión, no obstante la predisposición de las bases del concurso por quien efectúa el llamado al público”.²⁷

La licitación pública es una serie de actos que constituyen un procedimiento tendiente a seleccionar la persona del cocontratante y al final del cual nace el vínculo contractual.

Llamado a licitación. El llamado licitación o a concurso no es una oferta de contrato, sino una invitación a ofertar o un pedido de propuestas a los eventuales interesados. Es una demanda formal para que formulen ofertas los licitadores, sobre las bases preindicadas por el convocante, quien asimismo hace saber que está dispuesto a contratar si ellas resultan convenientes. No puede ser considerada una oferta porque no encuadra en los requisitos para su configuración, según lo prescripto por la ley.

No está dirigida a persona determinada, ni tiene todos los antecedentes constitutivos del contrato, que precisamente lo fijarán los oferentes por ejemplo el precio, por lo que tampoco es una oferta al público. Como consecuencia de la naturaleza del llamado, el licitante puede revocar, modificar o dejar sin efecto el llamado a licitación o a concurso con la condición de que sea siempre antes del acto de adjudicación. Además, para que tal decisión tenga validez es necesario que siga las mismas pautas de publicación utilizadas en el primer llamado. Todo ello engendra, sin duda, una serie de responsabilidades civiles que el licitante debe asumir por que la fuente de dicha obligación es la declaración unilateral de voluntad (sin necesidad de recurrir a la figura del antecontrato). Esta solución se impone por una necesidad de seguridad jurídica, por respeto a la fuerza obligatoria del compromiso contraído y por la confianza de los interesados que debieron afrontar gastos para poder concurrir, ya que lo asumido por los proponentes se refiere exclusivamente al acontecimiento de ser o no elegido de acuerdo con los criterios rectores del procedimiento.

²⁷ Ibidem, pág. 23.

La norma jurídica en que se funda la declaración unilateral como fuente de obligaciones radica, en que estamos en presencia de un acto jurídico no prohibido por la ley, a ello debe sumársele la necesidad de seguridad en el comercio jurídico y la buena fe que debe guiar todo el trayecto de formación de la voluntad contractual.

Presentación de propuestas. Los concurrentes formulan al anunciante una oferta con renuncia a la facultad de revocarla por un plazo determinado. Esta oferta de contrato genera dos obligaciones principales para el proponente: formalizar el contrato, en caso de ser adjudicado, indemnizar daños y perjuicios, en caso de incumplimiento. Si se ha entregado una garantía de mantenimiento de la oferta, el momento de dicha garantía de mantenimiento de la oferta, el monto de dicha garantía configura el tope indemnizatorio (indemnización tarifada). Así lo ha tendido en los tribunales el retiro intempestivo de los oferentes antes de la adjudicación y luego de la apertura de las propuestas, o sea durante los trámites preliminares, trae aparejada la responsabilidad precontractual, sin necesidad de advertencia ni de intimidación alguna, y en los casos en que hay garantía ésta representa en definitiva la medida de responsabilidad para el supuesto de que los oferentes sean partes, sin motivo atendible, del negocio antes del vencimiento de los treinta días, no es otra la razón de ser de la garantía.

Una vez transcurrido el plazo fiado en el pliego, en caso de haberse hecho la adjudicación a otro proponente o rechazadas todas las ofertas, la garantía se debe devolver. La adjudicación, es el acto por el cual quien efectuó el llamado a licitación o a concurso expresa su voluntad de contratar con el concurrente u opositor que presentó la oferta más conveniente, de conformidad con lo manifestado originariamente en el anuncio del procedimiento.

La adjudicación es la aceptación de la propuesta u oferta más conveniente (o de precio más bajo, según el caso) y, por lo tanto, debe coincidir sobre todos y

cada uno de los puntos o elementos de la oferta para que se entienda formado el acuerdo de voluntades y no se menoscaba la garantía de igualdad.

En consecuencia, a partir de la concreción de este acto, el contrato queda perfeccionado (salvo cuando se requiera una solemnidad especial para tal efecto), y la responsabilidad de las partes queda situada en la órbita contractual.

Puede ocurrir que la licitación se declare desierta (cuando nadie concurrió al llamado), debiendo en tal caso recurrirse a otro procedimiento de selección (si se trata de un llamado realizado por la Administración Pública ha de seguirse lo aplicado en el ordenamiento jurídico). Obviamente, este supuesto no genera responsabilidad alguna.

También la licitación puede fracasar porque las ofertas presentadas resulten inadmisibles. Ese rechazo, ¿genera responsabilidad para el licitante?, en la doctrina iusadministrativista suelen distinguirse dos etapas para explicar este punto: la anterior a la apertura de los sobres, en la que la administración puede dejar sin efecto la licitación y rechazar las ofertas, por propia decisión y la posterior a dicho momento, pero anterior a la adjudicación, en la que las ofertas sólo pueden ser rechazadas por inconvenientes, debiendo el anunciante fundar su decisión según lo establecido en los pliegos o bases.

Tal distinción creemos que no es necesaria para las licitaciones de derecho privado. El llamado a licitación genera obligaciones cuya fuente es la declaración unilateral de voluntad por lo cual no existe motivo para justificar dicha distinción. En ambos casos, el rechazo de las ofertas deberá ser razonable. Y esa razonabilidad se debe apreciar de acuerdo con las condiciones establecidas en el llamado. La facultad de declarar fracasada una licitación o un concurso, resulta de los pliegos o bases del respectivo procedimiento. “El licitante puede estipular todas las reservas que estime pertinentes siempre que no sean abusivas, como lo han pronunciado algunos juristas “el anuncio de licitación es una invitación

(invitatio ad offerendum) y la propuesta es una auténtica oferta de contrato”. Quien presenta una oferta atiende la invitación que ha hecho la Administración. Al establecer la Administración cuál es la oferta más conveniente, se la declara aceptada. Y esta aceptación implica la adjudicación, es decir, por medio de la adjudicación se ha elegido, entre los oferentes, a aquellos que ofrecen las condiciones más ventajosas para la Administración.”²⁸.

En cuanto al ámbito y extensión de la responsabilidad, se deben distinguir dos momentos de la licitación; el primer momento abarca todo el procedimiento de selección anterior a la adjudicación a partir de la publicación del llamado; en esta etapa, la responsabilidad por los perjuicios que se puedan causar a los oferentes o al licitante es de índole precontractual, y su fundamento lo encontramos en la voluntad unilateral y también en el abuso del derecho. En efecto, la declaración unilateral de voluntad vale en tanto el destinatario denuncie una conducta arbitraria de aquel.

Otra cosa acaecería si se tratara de un simple pedido de precios, en este caso no habría obligación emanada de la voluntad unilateral, ni invitación alguna a ofertar. Pero eso debe surgir claramente de las bases de pedido por ejemplo estipulándose que se reserva el derecho a no pronunciarse sobre el resultado.

La particularidad de esta relación está dada por su origen unilateral, en razón de ser de la fuente obligacional de un acto jurídico para el licitante o un acto administrativo si se trata de la Administración y otro acto jurídico para el oferente.

Ahora bien, el sólo ejercicio no abusivo del derecho a retractarse de su oferta o de su invitación a ofertar, según se libera de responsabilidad. La dificultad reside en determinar cuando el ejercicio de un derecho es abusivo o antifuncional, puesto que la abusividad importa un concepto jurídico indeterminado. Creemos que, en tales casos, debe tomarse como parámetro o

²⁸ Ibidem, pág. 28.

medida estándar la buena fe que es exigible también en esta etapa de formación del contrato.

En caso de negativa del licitante a formalizar el contrato, el adjudicatario es titular de un derecho subjetivo a la contratación. El contrato se ha perfeccionado con la aceptación del licitante por medio de la adjudicación salvo la exigencia de una forma constitutiva.

En consecuencia, son los principios de la responsabilidad contractual lo que rigen esta etapa. Por ejemplo, se llama a licitación para la construcción de un edificio, concurren los interesados y se adjudica a la oferta más concerniente. Si el convocante se niega a cumplir el contrato de locación de obra ya perfeccionado, la solución que corresponde aplicar al conflicto en cuestión la hablamos en el precepto que regula las indemnizaciones que debe efectuar al empresario el dueño de la obra que ha desistido de la ejecución de ésta; hay un vínculo jurídico contractual derivado de la adjudicación de la obra.

Se trata de la indemnización del lucro cesante derivado de la ruptura de un contrato por ejemplo resolución, por culpa de quien debe responder. Pero para su cálculo se deben descontar los trabajos que ante el desistimiento del comitente el empresario no realizó. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verdaderamente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. En la licitación pública el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La Ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones de los licitantes, de los oferentes y del adjudicatario.

Al formular su propuesta, la concesionaria debe obrar con pleno conocimiento de las cosas, pues la magnitud de los intereses en juego le impone actuar a modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato adoptado a ese efecto las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

La adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales, está viciada de legitimidad y nada debe tomarse como concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario.

En los contratos administrativos, el acuerdo de voluntades puede concretarse mediante la adhesión del particular a las condiciones previamente establecidas por la Administración o mediante una elaboración conjunta que sea el resultado de la libre discusión entre las partes. Respecto de las licitaciones, rige como regla general que la notificación de la adjudicación al favorecido perfecciona el contrato; pero excepcionalmente el perfeccionamiento se concreta mediante la redacción de un documento "ad hoc". La ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo.

En la licitación pública se presentan las modalidades propias del Derecho Administrativo y la finalidad inexcusable de toda la Administración Pública que hacen la conjunción de voluntades se opere mediante la adhesión del administrado cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos.

No puede admitirse que algún oferente reacomode los términos de su presentación con posterioridad a la apertura de los sobres, para así adecuarla tardíamente a las condiciones exigidas por el pliego licitatorio, pues de tal modo se desnaturalizaría el sistema sustantivo relativo al régimen de la licitación pública y se facilitarían la concurrencia desleal, violando el principio de igualdad de los oferentes.

La desestimación de la oferta por inconveniente, conduce al fracaso del procedimiento licitatorio por razones relativas al precio, financiación u otras circunstancias, aún cuando las ofertas fuesen admisibles por ajustarse a las bases, cláusulas y condiciones del pliego y al objeto de la licitación.

2.4. CONTRATO DE FIANZA

El contrato de fianza por ser de carácter accesorio, es fundamental para las relaciones jurídicas que engendra y sobre todo porque precisa que es lo que se obliga a pagar el fiador en caso de incumplimiento del deudor.

Ahora bien, el carácter accesorio de la fianza se deduce por diversas consecuencias de interés jurídico y además la posibilidad de que el fiador pague la misma prestación o una equivalente o inferior, de igual o distinta especie, toda vez que el fiador siempre se puede obligar a menos, pero nunca a más que el deudor principal de tal manera que si se hubiere obligado a más se reducirá su obligación a los límites de la deuda y en caso de duda se entenderá que se obligó por igual prestación. Además el fiador puede también obligarse a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado. De aquí también se desprende la posibilidad de que se garanticen con fianza, obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer. En el caso de incumplimiento de las mismas, el fiador responderá por el monto de los daños y perjuicios equivalentes a la indemnización compensatoria, o sea. a la prestación que tendrá derecho a exigir el acreedor a su deudor.

Antes de analizar los diversos conceptos de fianza, es necesario hablar del carácter accesorio de la fianza, en el cual debe considerarse como su principal atributo en virtud del sinnúmero de consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, pudiendo señalar como principales las siguientes:

a) la inexistencia de la obligación principal, originará la inexistencia de la fianza;

b) la nulidad absoluta de la obligación principal motivará la nulidad absoluta de la fianza;

c) en cuanto a la nulidad relativa de la deuda, conforme a lo que se estatuye principalmente “la fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede no obstante recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado”. Este precepto acepta la validez de la fianza que recaiga sobre una obligación anulable, en virtud de que la nulidad relativa sólo puede ser invocada por el deudor principal. Sin embargo, si éste intenta la nulidad u opone la excepción respectiva y el juez declara dicha nulidad, es evidente que la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido también la relación jurídica principal.

Independientemente de que se acepte o no el concepto de obligaciones naturales en nuestro Derecho, es indudable que el caso de la fianza que válidamente puede constituirse para garantizar una obligación afectada de nulidad relativa, no constituye un ejemplo de obligación natural susceptible de ser asegurada mediante obligación accesorio sino una consecuencia perfectamente fundada dentro de la técnica propia de las obligaciones anulables y en atención a que, conforme a otro principio inherente a la fianza, el fiador no puede oponer las excepciones personales del deudor, lo que motiva la consecuencia jurídica de que la fianza sea válida y surta todos sus efectos en aquellos casos en que el deudor no oponga la excepción, dada la imposibilidad de que el fiador la haga valer.

d) Otra consecuencia del carácter accesorio de la fianza se presenta en cuanto a la transmisión del crédito principal, que trae consigo la transferencia de los derechos accesorios (fianza, prenda e hipoteca).

2.4.1. CONCEPTO

El contrato civil de fianza en nuestro tiempo es indudablemente desacreditado por todas las consecuencias legales que puede acarrear, para Sánchez Román “es un contrato que en la evolución de la garantía juratoria, que representa un estado inferior respecto de las garantías reales – pignoratícia e hipotecaria y que era un contrato que correspondía a ideas y necesidades más del mundo antiguo que del moderno.”²⁹

Como garantía, es inferior a las reales y como contrato accesorio tiene el inconveniente de resultar para el fiado un contrato inseguro, casi un contrato aleatorio, por lo cual, cada vez es de menos uso, más limitado en la vida civil y añadió por supuesto que sería amparado con el tiempo únicamente por el Derecho Mercantil, no obstante los legisladores no se han decidido todavía a prescindir de este contrato, como pudieran hacerlo, indudablemente, sin desatender necesidad alguna en el orden jurídico.

“La palabra fianza, lato sensu significa cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación; en sentido estricto significa la garantía personal mediante la cual un sujeto determinado asume el compromiso de cumplir una obligación ajena para el caso de incumplimiento del obligado principal.”³⁰

²⁹ SANCHEZ, Román, Estudios de Derecho Civil, t. IV, Editorial Abeledo-Perrot, Madrid, 1986, Pág. 939.

³⁰ PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1961, pág. 247.

Para Rojina Villegas define diciendo “es un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie si éste no lo hace”³¹

El contrato de fianza es aquel por el cual una tercera persona distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir cuando el deudor o fiador anterior no la cumplen. Entre otros conceptos no existe alguna diferencia que trascienda es por eso que en el presente trabajo conceptualizaremos al contrato de fianza de la siguiente manera:

El contrato de fianza es un contrato accesorio en el cual el fiador (tercero) se obliga a responder a nombre del fiado (deudor) por una obligación principal ante el acreedor

Es necesario aclarar los elementos esenciales y de validez del contrato de fianza: los esenciales son tres: consentimiento, objeto y existencia de obligación principal.

a) El consentimiento en la fianza debe manifestarse expresamente no siendo válido el que se otorga de manera tácita, es decir, por medio de hechos o actos que hagan suponerlo.

Aun cuando la fianza se caracteriza como contrato, en los casos de fianza judicial o de fianza otorgada en póliza por una institución legalmente facultada, en nuestro concepto dichos actos tienen el carácter de unilaterales, es decir, no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre acreedor y fiador, o consentimiento. Más aún, ni siquiera se exige la intervención del acreedor, o se le da posibilidad legal de intervenir.

³¹ ROJINA, Villegas, Derecho Civil. Contratos, T III. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 489.

Si la fianza se otorga en forma de póliza, ésta por su redacción constituye una declaración unilateral de voluntad de la institución afianzadora, sin que intervenga el acreedor, ni mucho menos sin que se requiera su voluntad, para formar el consentimiento, siendo válida y eficaz la fianza así otorgada aún en el supuesto de que el acreedor la rechazara y tratara de exigir otra garantía.

b) Objeto.- el objeto directo de la fianza consiste en crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor si éste no lo hace. Y el objeto indirecto consiste en la prestación que deberá pagar el fiador, la cual puede ser una cosa o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder de su valor en este último caso.

c) Existencia de la obligación principal.- En los contratos de garantía, existe un elemento esencial de naturaleza específica, consistente en la existencia de la obligación principal, pues, si ésta no llega a existir o no tiene a su vez elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco puede tener vida jurídica. La fianza, por consiguiente, será inexistente, si lo es la obligación principal. Este principio no queda desmentido por la posibilidad legal de afianzar obligaciones futuras ya que la existencia misma de la fianza dependerá de la realización de esas obligaciones. Lo mismo debe decirse cuando la obligación principal dependa de una condición suspensiva, pues la fianza también quedará subordinada a dicha modalidad.

2.4.2. TIPOS

Hay diferentes tipos de fianza de los cuales se indican para una mayor referencia que son las siguientes:

La Fianza Legal es impuesta por la ley para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones; judicial a la impuesta por un juez o tribunal a una de las partes litigantes para fines del procedimiento, mientras la Fianza Convencional es la que procede del contrato de fianza.

La fianza Gratuita, es aquella en que el fiador no percibe retribución alguna por prestarla y la fianza a Título Oneroso es aquella en que existe un pacto de pagar una retribución al fiador.

Los autores hablan con relación a la fianza civil, de fianza simple y de fianza doble o subfianza, estableciéndose la primera para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y la segunda para garantizar una fianza anterior; de fianza limitada en todo o en partes a la obligación principal, con exclusión de las accesorias, o que abarque la principal y las accesorias, incluidos los gastos del juicio.

La garantía otorgada por un comerciante a otro y derivada de obligaciones mercantiles se llama Fianza Mercantil. Es excepcional y gratuita y esta se encuentra regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. La Fianza Administrativa esta destinada a garantizar la correcta ejecución de una obra o servicio público o la responsabilidad de los funcionarios que tienen a su cargo el manejo de fondos públicos.

Las Fianzas Penales, las constituyen las cauciones exigidas para otorgar la libertad provisional a quienes se hallen sujetos a las resultas de un proceso penal. La Fianza de Empresa, es la garantía otorgada por una sociedad anónima, autorizada por el gobierno para estos fines y para cobrar por este servicio. También es importante señalar algunos elementos que para el estudio del presente trabajo es necesario tenerlos presentes.

ELEMENTOS DE LA FIANZA ADMINISTRATIVA

AFIANZADORA = FIADOR = INSTITUCIÓN DE FIANZAS

FIADO = DEUDOR = PROVEEDOR Y/O CONTRATISTA

BENEFICIARIO = ACREEDOR = SERVICIO POSTAL MEXICANO

La afianzadora es una institución autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para expedir fianzas a título oneroso. Es quien se compromete a garantizar ante personas físicas o morales en este caso ante los Organismos Descentralizados (beneficiarios) el cumplimiento de obligaciones lícitas contraídas por otras personas físicas o morales (fiado) mediante el cobro de una prima.

Mientras el fiado es el deudor de la obligación y responsable de su cumplimiento, es la persona por la que se obliga la afianzadora. Es quien generalmente solicita la fianza y paga la prima.

Y el beneficiario es el acreedor de la obligación y quien tiene derecho a exigir su cumplimiento. Es la persona ante quien se emite la póliza de fianza para garantizarle el cumplimiento de la obligación del fiado.

2.5. JUICIO ESPECIAL DE FIANZAS

Para hablar del procedimiento especial de fianzas tendremos que indicar que las entidades con atribuciones para emitir contratos de fianza son las sociedades anónimas conformadas como afianzadoras.

Por lo que respecta al empleo de las palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía u otras que empleen ideas semejantes en

cualquier idioma, sólo pueden ser empleados por aquellas entidades que obtengan las autorizaciones respectivas. En este sentido queda prohibido al Registro Público de la Propiedad y de Comercio inscribir a cualquier entidad que tengan por objeto jurídico operar la emisión de fianzas si no se insertan los documentos oficiales que comprueben la existencia de la autorización que deba emitir al respecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De conformidad al artículo primero de la Ley Federal de instituciones de Fianzas la actividad de fianzas se encuentra considerada como una actividad de derecho público, y así se reitera en el artículo primero de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual a la letra dispone:

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

Esta ley se aplicara a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento. Competerá exclusivamente a la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se regirán por sus leyes especiales y, a falta de estas o cuanto en ellas no este previsto, por lo que estatuye la presente.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, es el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver en el ámbito administrativo lo relacionado a la labor financiera que deben desarrollar dichas Instituciones.

De acorde a lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a todas las partes que intervengan en la celebración del contrato de fianzas se les aplicaran las normas mercantiles, ya sea que intervengan como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha a aquellos que intervengan para conformar la garantía hipotecaria.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas previene que queda prohibido a toda persona física o moral no autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público otorgar habitualmente Fianzas a título oneroso.

En este respecto queda entonces la duda de que debe entenderse por habitualidad en la celebración de contrato de esta índole, legalmente la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece la presunción de que se realizan fianzas de manera habitual cuando se ofrezcan las pólizas mediante el empleo de publicidad o se utilicen en su caso agentes para tal efecto.

Para organizarse y funcionar como Institución de Fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento, se requiere de la respectiva autorización que al efecto expida el Gobierno Federal, por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los actos de afianzamiento que pueden ser desarrollados a partir de las autorizaciones previstas por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas son los siguientes:

I.- Fianzas de fidelidad, individuales y colectivas.

II.- Fianzas judiciales en su carácter penal, no penal y judicial que amporen a los conductores de los vehículos automotores.

III.- Fianzas de carácter administrativo que contemplen los ramos de realización de obra, de proveeduría, fiscal, de arrendamiento y otras de carácter administrativo.

IV.- Fianzas de crédito, en materia de suministro, de compraventa, financieras y otras fianzas de crédito.

V.- Fianzas para realizar fideicomisos de garantía relacionados con pólizas de Fianza y respecto a aquellos que no guarden relación con esta actividad.

Las instituciones de fianzas por las fianzas que otorguen, se consideraran de acreditada solvencia, salvo que las instituciones de fianzas, que sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra, y no estarán obligadas, por tanto, a constituir depósitos o fianzas legales, hecha excepción de las responsabilidades que puedan derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales.

Todas las fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas se presumirán, salvo prueba en contrario, legalmente validas y las instituciones no podrán objetar la capacidad legal de quien las suscriba.

Las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, sin calificar dicha solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución es propietaria de bienes raíces, ni la de su existencia jurídica.

EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.

Los beneficiarios de fianzas deben 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 esta no

le de contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En las reclamaciones en contra de las Instituciones de Fianzas se observará 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 misma.

La institución 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, contados 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 tendrá por integrada la reclamación.

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

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la Institución de Fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contados 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.

Si a juicio de la Institución procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibir, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia.

Si el pago se hace después del plazo referido, la Institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 bis de Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el lapso que dicho artículo establece, contados a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en el artículo 94 de Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Cuando el beneficiario no este conforme con la resolución que le hubiere comunicado la Institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, conforme a lo establecido en el Artículo 94 de la Ley de la materia.

En el presente proyecto de tesis es menester indicar que la reclamación ante la Institución Afianzadora, es simplemente un requisito procedimental para acudir ya sea ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales competentes, ya que las Afianzadoras actúan parcialmente a su favor al nunca emitir una resolución favorable para el beneficiario, esto se desprende de la actividad cotidiana de aquellos abogados que realizan las reclamaciones para después iniciar un juicio en contra de las Instituciones, ahora bien respecto de aquellas que resuelven las reclamaciones presentadas estas resuelven declarando improcedentes las pretensiones que se plasman en dichos escritos, esto significa una critica a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas al no regular el estricto procedimiento para que se analicé minuciosamente este pequeño procedimiento ante las Afianzadoras, toda vez que la afianzadora se limita a manifestar que “no procede” para no pagar al beneficiario las cantidades a las que se obliga a cubrir en caso de incumplimiento a lo pactado con el deudor. Y en

caso contrario simplemente no da contestación y surge la figura jurídica “negativa ficta”.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN MATERIA PROCESAL CONTRA LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Una vez que la institución afianzadora de una respuesta en este caso en la que indica que no procede la reclamación o no de contestación y el beneficiario adopte el juicio especial de fianzas, como última alternativa para poder cobrar la cantidad proporcional motivo de fianza, se sigue de acuerdo a las siguientes reglas:

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

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

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

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

Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutaran exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, conforme a las siguientes reglas:

Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros,

dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. si dentro de los tres días hábiles siguientes la Institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenara el remate en bolsa, de valores propiedad de la Institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio; y

Cuando se realiza el mandamiento de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas determinara los bienes de la institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordeno el embargo. la misma comisión dictara las reglas sobre el deposito de dichos bienes;

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

Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación; y las Instituciones de Fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza.

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

Para el caso de que se hagan exigibles las fianzas señaladas en el párrafo anterior, durante la tramitación de los procesos en los que hayan sido exhibidas, el

acreedor de la obligación principal podrá iniciar un incidente para su pago, ante la propia autoridad judicial que conozca del proceso de que se trate, en los términos del código federal de procedimientos civiles. En este supuesto, al escrito incidental se acompañaran los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

Las fianzas que las 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 de la ley en cita, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el reglamento de este artículo, 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:

Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería el Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;

Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora mas próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la Institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

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, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevaran a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello;

En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la Institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le remataran valores.

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 cumplió con el requisito que se establece en el párrafo siguiente. en caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitara 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;

En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la Institución de Fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, demandara la improcedencia del

cobro ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellado de la misma;

El procedimiento de ejecución solamente terminara 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 (Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), que declare la improcedencia del cobro;

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

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 de acuerdo con lo siguiente:

I.- Las obligaciones en moneda nacional se denominaran en unidades de inversión, al valor de estas 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 efectuó el mismo.

Además, la institución de fianzas pagara un interés moratorio sobre la obligación denominada en unidades de inversión conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, 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;

II.- 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 calculara 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;

III.- En caso de que no se publiquen las tasas de referencia para el cálculo del interés moratorio a que aluden las fracciones I y II de este artículo, el mismo se computara multiplicando por 1.25 la tasa que las sustituya, conforme a las disposiciones aplicables;

IV.- Los intereses moratorios a que se refiere este artículo se generaran 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;

V.- El derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo surgirá por el solo incumplimiento de la obligación de la afianzadora dentro de los plazos

referidos en la parte inicial de este artículo, aunque la obligación asumida en la póliza de fianza no sea líquida en ese momento;

VI.- El acreedor, una vez que haya surgido a su favor el derecho a las indemnizaciones establecidas en este artículo, podrá convenir con su deudor la revisión total o parcial a dichas indemnizaciones, salvo que se trate de las siguientes obligaciones:

A).- Las derivadas del estado civil o alimentos;

B).- Las derivadas de sucesiones en las que estén involucrados derechos a favor de menores;

C).- Las de carácter fiscal federal, local o municipal;

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

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

VII.- Si en el juicio respectivo resulta procedente la reclamación, aun cuando no se hubiere demandado el pago de las indemnizaciones establecidas en este artículo, el juez o árbitro, además del importe que resulte de la obligación asumida en la póliza de fianza, deberá condenar al deudor a que también cubra esas prestaciones conforme a las fracciones precedentes;

VIII.- El sistema de actualización e intereses será aplicable a todo tipo de fianzas, salvo tratándose de las fianzas que garanticen créditos fiscales, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación;

IX.- Si la Institución de fianzas, dentro de los plazos o términos legales, no efectúa el pago de las indemnizaciones a que estuviere obligada, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le impondrá una multa de quinientos a diez mil días de salario, y

X.- Cuando sea procedente, las instituciones de fianzas promoverán ante los fiados y demás obligados, el reembolso de las indemnizaciones que hubiesen cubierto.

Al practicarse el embargo en el juicio ejecutivo mercantil de recuperación iniciado por una institución de fianzas, sobre los mismos bienes embargados precautoriamente, la institución conservara respecto a los demás acreedores el mismo lugar que tenía el embargo precautorio, retrotrayéndose los efectos del embargo definitivo a la fecha del embargo precautorio.

En los asuntos relativos a los procedimientos en que se encuentre relacionada alguna Institución de fianzas en virtud de la realización de su objeto social, se aplicara la legislación mercantil y a falta de disposición expresa, el Código Civil Federal. Serán aplicables a las fianzas que otorguen las instituciones de fianzas, las disposiciones establecidas en dichos ordenamientos mientras no se opongan a lo dispuesto por esta ley.

Una vez agotado el procedimiento conciliatorio ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, sin que las partes sometan sus diferencias al arbitraje, y conste lo anterior en el acta que se haya levantado y el beneficiario opte por hacer valer sus derechos por medio de la vía judicial, podrá ocurrir ante el juez federal o local correspondiente, debiendo sujetarse a lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual señala las reglas conforme a las cuales se substanciaran los juicios seguidos en contra de los afianzadores las cuales se analizan, comentan y se proponen las reformas siguientes a su estructura.

2.6. PRINCIPALES FORMAS DE EXCEPCIONARSE DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal, y a la fianza, pero no puede hacer valer las excepciones que sean personales del deudor.

El artículo 2812 del Código Civil al enumerar las excepciones oponibles por el fiador al acreedor, omite aquellas que sean inherentes a la fianza, siendo así que esta clase de defensas, generalmente constituirán el medio más importante para que el fiador resulte liberado.

Se deben distinguir, por consiguiente, las causas que extinguen la fianza por vía de consecuencia, debido a la extinción de la obligación principal, y que constituyen las excepciones inherentes a la misma, de las causas que extinguen a la fianza en forma directa, quedando subsistente la obligación principal, y que constituyen excepciones que exclusivamente puede hacer valer el fiador.

También el fiador tiene las excepciones inherentes a los beneficios de orden, excusión y división, en su caso, que trataremos al hablar de los mismos.

Excepciones inherentes a la fianza.- De esta suerte, como excepciones inherentes a la fianza, tenemos las siguientes:

a) Las que implican la nulidad relativa del contrato accesorio, por incapacidad, error, dolo o violencia, cuando el fiador sufre estos vicios o es el incapaz. También la nulidad relativa procede en los casos de inobservancia de la forma, cuando la fianza deba constar por escrito.

b) Las que implican la nulidad absoluta del contrato de fianza, por ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato. Principalmente deben citarse los casos en los que las compañías de fianzas otorgan garantías personales violando las prohibiciones de interés público impuestas por la ley de la materia. Aun cuando el Artículo 2225 del Código Civil Federal dice que: “La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”, generalmente, se tratará de una nulidad absoluta.

c) Las que provengan de la confusión, compensación o remisión entre el fiador y el acreedor.

En el caso de confusión, cuando se reúnan en la 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 calidades de deudor principal y fiador, pues solo subsiste, la deuda y como sujeto responsable el obligado directamente. El artículo 2843 del Código Civil Federal alude a este caso al estatuir: “si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, por que uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador”; sobreentendiéndose, aun cuando no lo diga el artículo, que la fianza sí queda extinguida.

Por virtud de la compensación, conforme al artículo 2119 del Código Civil Federal, cuando el fiador sea demandado por el acreedor, puede oponer a éste la compensación del crédito que con él tenga, con la deuda principal, pues en ese momento, y no antes de que se entable la demanda (por prohibirlo así el citado precepto), se habrán reunido respectivamente en las personas de acreedor y fiador, las calidades de deudores y acreedor a la vez y por su propio derecho.

Por remisión la fianza se extingue, cuando el acreedor perdona o libera expresamente al fiador. “La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias pero la de éstas dejan subsistente la primera”, es decir

la remisión de la fianza no extingue la obligación principal, pero la de ésta si entraña la liberación del fiador.

Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente a alguno de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros”.

La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.

d) Las excepciones que provengan de prórroga, alteración de la deuda para sujetarla a nuevos gravámenes, caducidad o novación.

Conforme al artículo 2846 Código Civil Federal: *La Prorroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.*

También se produce dicha extinción, cuando por virtud de la quita se sujeta a la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones. Estatuye el artículo 2847 Código Civil Federal: *La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones.*

En realidad, al sujetar la deuda a nuevos gravámenes o condiciones se opera una novación, ya que se altera sustancialmente, sustituyéndola por otra obligación.

Excepciones inherentes a la obligación principal.- Además de las excepciones propias de la fianza, conforme al artículo 2812 Código Civil Federal: *El fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor.*

Ya hemos indicado que las excepciones inherentes a la obligación principal, constituyen las distintas formas de extinción de la misma, que por vía de consecuencia originarán a su vez la extinción de la fianza, según el artículo 2842 del Código Civil Federal, que dice: *La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.*

Trataremos sucesivamente los principales casos de extinción de la deuda, que motivarán las excepciones que puede oponer el fiador al acreedor, por ser inherentes a la obligación principal, a fin de diferenciarlas de las personales del deudor, que no puede hacer valer:

A) Compensación.- 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 hubiese hecho, ya que se trata de una defensa inherente a la obligación principal.

B) Confusión.- Si se confunden en la misma persona las calidades del acreedor y deudor principal, se extingue la deuda conforme al artículo 2206 de la ley en cita consecuentemente, la fianza; pero si la confusión cesa, la obligación renace y con ella la garantía.

C) Remisión.- Cuando el acreedor ejercita una acción en contra de la Institución de Fianzas este acción puede tener viabilidad procesal ya sea en el procedimiento según la naturaleza de la obligación principal, así como del cumplimiento de las partes del juicio.

Ahora bien surge una pregunta surge al inicial presente punto ¿Es suficiente para la procedencia de la acción contra el fiador o será necesario que también constituya en mora el propio fiador? ¿Deberá el fiador los intereses si no ha sido intimado de pago o constituido en mora? Cuando se trata de fianza solidaria o en el caso principal de pagador, dicha constitución en mora en la persona del fiador no es necesaria para la procedencia de la acción un para el pago de los intereses de conformidad con lo preceptuado para las obligaciones solidarias.

Tratándose de fianza simple, la doctrina ha entendido necesaria la constitución en mora del fiador, incumplida la obligación principal para poder establecer el cobro de intereses.

En el juicio que se intente contra el fiador, éste tiene para oponer el progreso de la acción del acreedor el derecho de acogerse a los beneficios fundamentales que son concedidos por las leyes Mexicanas los cuales presentaremos a continuación

BENEFICIO DE EXCUSIÓN

Primeramente el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin previa excusión de todos los bienes del deudor, cuyo antecedente lo encontramos en el derecho romano, habiendo pasado sucesivamente a las legislaciones positivas que lo sucedieron. Como consecuencia del principio admitido, como paso previo para demandar al fiador, su contratante, el acreedor debe excutir los bienes (todos) del deudor de la obligación principal.

Según el diccionario de derecho nos indica que es el derecho concedido al fiador a fin de no ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente se haya dirigido contra los bienes del deudor principal, cuyo embargo y venta judicial debe

pedir antes de dirigirse contra el que dio caución, llamase también beneficio de orden.

La acción del fiador tiene el carácter de excepción dilatoria y le permite exigir del acreedor, primero la ejecución completa de todos los bienes del deudor, antes de que éste pueda accionar judicialmente contra él.

Debemos, además, acotar que el beneficio se otorga a favor del fiador y que, en su consecuencia, es facultativo para él utilizarlo y prevalecerse de sus ventajas o renunciarlo previa o posteriormente a la constitución de la fianza.

Asimismo se ha previsto que cuando el beneficio de excusión no es de aplicación, al respecto se dispone que no es necesaria al acreedor la previa excusión en los casos siguientes:

1.- cuando el fiador renunció expresamente a este beneficio; es decir, cuando hizo renuncia de un derecho establecido en su interés particular, no perjudicando tal renuncia sino exclusivamente a sus intereses. Es innecesario resaltar que tal acuerdo tendrá la vigencia que concede la ley.

2.- Cuando la fianza fuese solidaria, tiene por característica el hacer cesar a favor del fiador los beneficios de división y excusión; es similar al inc. 2º del Código Español, art. 1831 del Código Civil, que también dispone que la excusión no tiene lugar, cuando el fiador se haya obligado solidariamente por el deudor.

3.- Cuando se obligó como principal pagador, ya que se equipara el principal pagador al propio deudor estableciendo que será codeudor solidario y que se le aplicarán las disposiciones sobre deudores solidarios.

4.- Si como heredero sucedió al principal deudor, por que en este caso el fiador pasa a constituirse en deudor principal, ocupando su lugar.

5.- Si el deudor hubiese quebrado o se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación; comprendiendo el inciso dos supuestos diferentes, los trataremos sucesivamente: A) en caso de quiebra, la norma se justifica por que la existencia de la misma está probando que el pasivo del deudor supera a su haber y que, en consecuencia, no será necesario que se acredite por parte del acreedor que ha excutido los bienes.

BENEFICIO DE ORDEN.

El fiador no puede ser demandado por el acreedor sin que antes sea reconvenido el deudor. A este beneficio se refiere directamente los artículos 2814 y 2822 del Código Civil citado.

BENEFICIO DE DIVISIÓN.

Este beneficio se define como el derecho que les corresponde a los cofiadores para obtener la división de la deuda entre quienes como tales cuando es reclamada únicamente a cualquiera de ellos.

Este beneficio se encuentra reconocido en nuestro régimen jurídico son ciertas limitaciones, ya que no tiene lugar en los casos siguientes:

- 1.- Cuando se renuncia expresamente.
- 2.- Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor.
- 3.- Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes.
- 4.- Cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador.
- 5.- Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República o se ignore su paradero (siempre que llamado por edictos

no comparezca ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación).

Para nuestra materia y de conformidad con el artículo 118 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas indica lo siguiente:

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

Por consiguiente se puede notar la unilateralidad que tiene la fianza para su pago a este tipo de Organismos aun cuando el deudor principal pueda oponer cualquier tipo de excepción los beneficios antes mencionados no lo son para las Instituciones de Fianzas, además que podemos observar que a pesar que hay muchos filtros para que en los contratos de obra pública, de adquisición, arrendamientos o servicios, no haya algún conflicto jurídico; es importante señalar que cuando incumple el proveedor o contratista en su caso, las pólizas de fianzas como documento idóneo para recuperar los detrimentos del Organismo (SEPOMEX), pueden resultar incobrables por la excepciones y un sin fin de trabas que ponen las Instituciones de Fianzas. Un claro ejemplo de las excepciones que oponen se regula en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en la cual regula la caducidad y prescripción de la acción para reclamar esta garantía, en virtud de que en el mismo es difícil de que se desprendan claramente los plazos en los que se debe presentar las reclamaciones y cuando se interrumpe los términos de caducidad y prescripción, sin embargo existen otras excepciones que siendo inverosímiles, pueden perjudicar al beneficiario al momento de querer hacer efectivas las fianzas.

CAPÍTULO III

3. LEGISLACIÓN APLICABLE

En el presente capítulo hablaremos de la importancia que tiene nuestro marco jurídico alrededor de la fianza sobre todo como repercute en la actualidad, y la manera de ejercer alguna acción en contra del fiador y en donde nos tenemos que apegar a derecho para tener la certeza jurídica de que se puede exigir una obligación con pleno conocimiento que la autoridad competente tendrá la última palabra para determinar si es procedente o no la acción intentada. Por lo tanto se exponen en el presente capítulo algunos de los ordenamientos jurídicos que regulan la materia en comento.

3.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En principio citaremos nuestra Carta Magna como ley suprema la cual rige nuestro sistema jurídico estableciendo nuestras garantías individuales, en el presente trabajo es necesario no hacerla pasar desapercibida porque tiene una gran influencia en el sector público y de ahí emana la mayoría de los conflictos que se tienen en la actualidad con el contrato de fianza, por lo tanto empezaremos analizando los artículos que se relacionan con este contrato.

***Artículo 134.-** 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 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.”

Ordena que las adquisiciones arrendamientos y enajenaciones de bienes, prestaciones de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra, se adjudiquen o lleven a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública; asimismo, el Estado celebra contratos para ejecutar obras públicas, así como para adquirir, arrendar o reparar bienes inmuebles, de acuerdo a la regulación específica que al respecto determina el legislador en los ordenamientos correspondientes.

Tales contratos son de orden público y su naturaleza es administrativa, ya que el Estado interviene en su función de persona de derecho público, soberana, en situación de supraordinación respecto del particular, con el propósito de satisfacer necesidades colectivas y proporcionar beneficios sociales. En los contratos celebrados al amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y

Servicios del Sector Público, la voluntad del Estado no puede ser expresada de manera libre y espontánea, sino que se rige conforme a los procedimientos y a las atribuciones que la ley reconoce. El de fianza es un contrato accesorio, en este caso a los regulados por nuestra carta magna antes señalada, sin embargo, la obligación principal se rige por la ley administrativa que rige a los citados contratos, mientras que la fianza se rige por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, misma que establece que las fianzas que regula son actos mercantiles, aunque en el caso de las fianzas de obra las califica como administrativas.

3.2. LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

La ley de referencia es de suma importancia para la presente investigación toda vez que se refiere al ámbito administrativo refiriéndonos al Servicio Postal Mexicano y en cuanto a su regulación al momento de contratar por lo tanto resalta la forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato como medida preventiva.

Artículo 46.- *Los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas contendrán, como mínimo, lo siguiente:*

I. La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato y sus anexos;

II. La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;

III. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato. En el caso de contratos mixtos, la parte y su monto que será sobre la base de precios unitarios y la que corresponda a precio alzado;

IV. El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y la elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de esta Ley, los cuales deben ser establecidos de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

V. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;

VI. Forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;

VII. Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los ajustes de costos;

VIII. Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas, determinadas únicamente en función de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido, las que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. Las dependencias y entidades deberán fijar los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales;

IX. Términos en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el artículo 55 de este ordenamiento;

X. Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación por la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;

XI. Causales y procedimiento mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato en los términos del artículo 61 de esta Ley;

XII. La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar como parte integrante del contrato, en el caso de las obras, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos; tratándose de servicios, los términos de referencia, y

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras y previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo que, de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación.

Para los efectos de esta Ley, el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones.

En el presente artículo nos podemos dar cuenta la importancia que tiene para todo el procedimiento licitatorio, por que si bien es cierto, que el contrato ya firmado da certeza jurídica también lo es el que un organismo como lo es el Servicio Postal Mexicano de acuerdo a sus funciones, se apegue a derecho y al celebrar el contrato de Obra como lo establecimos tenga la medida preventiva de garantizar las erogaciones que se hagan con la finalidad de satisfacer las necesidades que tenga el mismo.

Artículo 47.-*La adjudicación del contrato obligará a la dependencia o entidad y a la persona en quien hubiere recaído, a formalizar el documento relativo dentro de los treinta días naturales siguientes al de la notificación del fallo. **No podrá formalizarse contrato alguno que no se encuentre garantizado de acuerdo con lo dispuesto en la fracción II del artículo 48 de esta Ley.***

Si el interesado no firmare el contrato por causas imputables al mismo, dentro del plazo a que se refiere el párrafo anterior, la dependencia o entidad podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al participante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, de conformidad con lo asentado en el dictamen a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, y así sucesivamente en caso de que este último no acepte la adjudicación, siempre que la diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora, no sea superior al diez por ciento.

Si la dependencia o entidad no firmare el contrato respectivo, el licitante ganador, sin recurrir en responsabilidad, no estará obligado a ejecutar los trabajos. En este supuesto, la dependencia o entidad, a solicitud escrita del licitante, cubrirá los gastos no recuperables en que hubiere incurrido para preparar y elaborar su propuesta, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la licitación de que se trate.

El contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacerlo ejecutar por otro; pero, con autorización previa del titular del área responsable de la ejecución de los trabajos en la dependencia o entidad de que se trate, podrá hacerlo respecto de partes del contrato o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en las obras. Esta autorización previa no se requerirá cuando la dependencia o entidad

señale específicamente en las bases de la licitación, las partes de los trabajos que podrán ser objeto de subcontratación. En todo caso, el contratista seguirá siendo el único responsable de la ejecución de los trabajos ante la dependencia o entidad.

Los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos no podrán cederse en forma parcial o total en favor de cualesquiera otra persona, con excepción de los derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos ejecutados, en cuyo caso se deberá contar con el consentimiento de la dependencia o entidad de que se trate.

Este precepto claramente cuida los intereses del Organismo al establecer que si el contrato a que se refiere no esta garantizado no podrá nacer a la vida jurídica por lo tanto se debe considerar la importancia que tiene la Fianza al ser la garantía por excelencia que ampara cualquier trabajo.

Artículo 48.- Los contratistas que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos, y

II. El cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo.

*Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases, **la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse.** En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y*

X, y 43 de esta Ley, el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía del cumplimiento.

En cuanto a los anticipos que otorga el Organismo Descentralizado, al garantizarse con la fianza quedan respaldadas todas las erogaciones; estos debe expedirse dentro de los quince días, a partir de que deberán ser amortizados con los trabajos del contratista y una fianza para el cumplimiento de contrato y esta debe expedirse en la misma fecha que la de anticipo, pero se extingue hasta que se concluye la obra y ésta se plasme en un acta de entrega y recepción; la cual deberá ser verificada por personal del Organismo, para que posteriormente se asiente que de conformidad al Organismo se da por concluida la obra.

En los contratos que se celebran con las empresas que realizan trabajo de obras, al empezar se le da un anticipo para la compra de materiales, contratación de personal que realizará la obra y todo aquello que se necesita para cumplir con el objeto del contrato, sin embargo y como lo mencionamos anteriormente debe quedar garantizado, que el Organismo no quede desprotegido al afectar el presupuesto por el desembolso que se hace, por eso es importante que se estipule cuanto es el anticipo que se hace y de por medio la fianza o garantía que indique cuanto es lo que garantiza, cabe destacar que en los Organismos Descentralizados dentro de la Administración Pública casi siempre se establece el mismo porcentaje que puede ser el 10% o 20%, mismo que quedará establecido dentro de la póliza de Fianza.

Artículo 49.- Las garantías que deban otorgarse conforme a esta Ley se constituirán en favor de:

I. La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias;

II. Las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas,
y

III. Las Tesorerías de los Estados y Municipios, en los casos de los contratos celebrados al amparo de la fracción VI del artículo 1 de esta Ley.

El artículo 49 de la ley en cita claramente estatuye que las fianzas como garantía deben de cumplir con los requisitos y deben otorgarse a favor y en beneficio de los Organismos de conformidad con la citada ley, en este caso dice la póliza de Fianza en beneficio y a favor del Servicio Postal Mexicano, pero desde mi punto de vista debe decirse “pagadero a” o “debe pagarse a”, ya que por experiencia en la materia suele ser una excepción que pudiese utilizarse tanto para la afianzadora y oponerla como obligación no garantizada o algo similar.

Artículo 66.- *Concluidos los trabajos, el contratista quedará obligado a responder de los defectos que resultaren en los mismos, de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y en la legislación aplicable.*

*Los trabajos **se garantizarán** durante un plazo de doce meses por el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior, por lo que previamente a la recepción de los trabajos, los contratistas, a su elección, **deberán constituir fianza** por el equivalente al diez por ciento del monto total ejercido de los trabajos; presentar una carta de crédito irrevocable por el equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de los trabajos, o bien, aportar recursos líquidos por una cantidad equivalente al cinco por ciento del mismo monto en fideicomisos especialmente constituidos para ello.*

Los recursos aportados en fideicomiso deberán invertirse en instrumentos de renta fija.

Los contratistas, en su caso, podrán retirar sus aportaciones en fideicomiso y los respectivos rendimientos, transcurridos doce meses a partir de la fecha de recepción de los trabajos. En igual plazo quedará automáticamente cancelada la fianza o carta de crédito irrevocable, según sea el caso.

Quedarán a salvo los derechos de las dependencias y entidades para exigir el pago de las cantidades no cubiertas de la indemnización que a su juicio corresponda, una vez que se hagan efectivas las garantías constituidas conforme a este artículo.

En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y X, y 43 de esta Ley, el servidor público que haya firmado el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía a que se refiere este artículo.

Ahora bien, las garantías son sumamente importante en estos casos, primero por los vicios ocultos en este caso también deberá especificar que es lo que garantiza en cuanto a los vicios ocultos que tuviera la obra y en cualquier responsabilidad que incurriera por ejemplo que hubiera causado algún detrimento al Organismo, por ejemplo alguna ruptura en alguna instalación que por causa de la obra se ocasionara.

Esta ley solamente prevé un lapso de doce meses en que la fianza debe garantizar el cumplimiento, que a su vez también puede ser por el de vicios ocultos o la buena calidad de los trabajos realizados y como lo mencioné anteriormente la fianza puede ser del diez por ciento del monto total ejercido de los trabajos. También se habla de que en algunos casos se podrá exceptuar de garantía si así lo conviniere el Organismo, en la actualidad ningún Organismo lo haría por que se ocasionaría un detrimento si el contratista no cumpliera con las

obligaciones pactadas, por lo tanto la garantía de fianza es uno de los elementos que debe analizarse con gran profundidad.

LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO.

En sus artículos 45 fracciones VI, 48, 49, 53 Y 56 establecen de igual manera el procedimiento para que se garanticen todos y cada uno de los servicios contratados con garantía "fianza", es importante analizar que en nuestra legislación y sobre todo aquella a la que se debe apegar el Organismo en este caso el Servicio Postal Mexicano, se estipule que una garantía llámese Fianza o Deposito queden debidamente regulados y a su vez deba tanto el proveedor apegarse a derecho como las entidades contratantes. En este sentido sería reiterativo el enunciar todos y cada uno de los artículos que mencionan que la garantía deba respaldar el cumplimiento, los vicios ocultos o la buena calidad de los servicios prestados y establecidos en los contratos, por lo tanto el objetivo de esta tesis es allegarme de elementos que analizaré más adelante, en cuanto a las reformas de una ley que en especie afecta a este tipo de garantía, solo se menciona que es un antecedente de un claro ejemplo de la importancia para estudiar este tipo de garantía "fianza".

3.3 LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

Esta ley es de suma importancia para el presente tema de tesis ya que sus preceptos establecen todo lo relativo al imperante mundo de las fianzas, en su primer artículo establece que por ser de interés público a las personas que se involucran en este tema le es de suma importancia, por ser una actividad cotidiana pero además hacen del conocimiento los lineamientos y parámetros para poder hacer efectivo nuestro derecho, ahora bien el tema central de mi investigación es ver la manera de se haga un eficaz cobro de las fianzas otorgadas a los Organismos descentralizados llámese particularmente Servicio Postal Mexicano,

que en este caso que por experiencia laboral he notado que se presenta un conflicto interinstitucional para lograr que se pueda llegar al mismo.

También debe quedar claro que las Instituciones de Fianzas como parte esencial dentro de los juicios Especiales de Fianzas son quienes oponen excepciones para incumplir con lo que ellos mismos se obligan, por lo tanto se debe analizar claramente el procedimiento de las Instituciones de Fianzas, a continuación se enuncia el procedimiento de acuerdo a lo estipulado en la presente Ley. Cabe aclarar que por ser las fianzas de carácter mercantil para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias es necesario después analizar el procedimiento de conformidad con el Código de Comercio.

Por consiguiente, es necesario analizar desde el punto de vista jurídico el siguiente artículo, que como atenderemos más adelante este se tiene que reformar, por las razones que expondré en nuestro capítulo cuarto tema central de investigación.

Artículo 93.- *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 ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de esta Ley. En el primer caso, las instituciones afianzadoras estarán obligadas a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo 93 Bis de la misma.*

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

I.- 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 institución 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 tendrá por integrada la reclamación.

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

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, 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 su improcedencia;

II.- Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la siguiente fracción. Si el pago se hace

después del plazo referido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis de esta Ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos de los artículos 93 Bis y 94 de esta Ley;

III.- Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes, conforme a lo establecido en los términos de los artículos 93 bis y 94 de esta Ley; y

IV.- La sola presentación de la reclamación a la institución de fianzas en los términos de la fracción I de este artículo, interrumpirá la prescripción establecida en el artículo 120 de esta Ley.

Primeramente la reclamación que se presenta ante la Institución de Fianzas es una pérdida de tiempo porque éstas solamente las declaran improcedentes, ahora bien la Ley Federal de Instituciones de Fianzas debe reformarse en su esencia toda vez que establecen términos que actualmente se utilizan como simple formalismos, por lo tanto analizando la reclamación y su procedimiento aunque encontremos que el Organismo Descentralizado lleve a cabo en todas y cada una de sus partes el precepto legal que se cita la Institución de Fianzas nunca declarará procedente la reclamación que se refiere, ahora bien, se hace mención que ésta deberá dar contestación lo cual en la realidad no sucede y si lo hace es por mero trámite, también menciona el proceso de conciliación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, pero en sí una conciliación de nada sirve cuando el fiado incumple, en virtud de que las Afianzadoras para negarse al pago de sus obligaciones no proponen algo viable a los beneficiarios.

El único beneficio del presente artículo es el de interrumpir el término de la prescripción.

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

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

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

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

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

V.- Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, conforme a las siguientes reglas:

a).- Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de los tres días hábiles siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión

Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio; y

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

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

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

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

Es importante analizar detenidamente el presente precepto legal, sin embargo se dejará al final del presente trabajo por las lagunas que existen al seguir el procedimiento que señala, por lo tanto su estudio se pospone para el capítulo central de esta investigación.

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

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

El presente precepto legal reglamenta el procedimiento para cuando se acredite que el beneficiario tiene el derecho de hacer efectiva la garantía y sobre todo, menciona que se podrá ejercitar en vía incidental el cobro, hablando en ejecución de sentencia, que en la práctica se ejerce ante el Juzgado que corresponde.

Artículo 95.- *Las fianzas que las 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 de esta Ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el Reglamento de este artículo, 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:*

I.- Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería el Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;

II.- Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La autoridad ejecutora facultada para ello 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, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello;

III.- 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 los términos de este artículo;

IV.- 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 cumplió con el requisito de la fracción V.

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;

V.- En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, señalado en la fracción III de este artículo, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, a que se hace cita en la fracción II, primer párrafo de este artículo, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellado de la misma;

VI.- 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 Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que declare la improcedencia del cobro;*
- d).- Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.*

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

Es necesario que al invocar este precepto legal no se confunda que los Organismos Descentralizados deben apegarse al mismo por las siguientes cuestiones: en primer término tienen personalidad y patrimonio propios y al suscribir ellos meramente el contrato que origina la fianza de garantía son ellos quienes deben interponer cualquier pretensión que por derecho les corresponda, se suele involucrar a este tipo de Organismos, por ser parte de la Federación y es cierto que con frecuencia se acostumbraba que este tipo Organismos enviaran toda su documentación para que la Tesorería de la Federación presentara a su nombre las reclamaciones e hicieran efectivas las fianzas, sin embargo era un gran error por que solamente son Organismos Centralizados a los que les correspondía realizar este trámite. Estos Organismos Descentralizados a pesar de pertenecer a la Administración Pública Federal, la función de hacer efectiva una póliza de fianza le corresponde al mismo; por lo tanto debe quedar claro que este precepto legal no debe aplicarse y como una crítica el mismo precepto debería indicar qué Organismos específicamente son quienes pueden aplicar este procedimiento.

Por último analizaremos un artículo que puede resultar complicado para nosotros los abogados, por la teoría que contiene para poder calcular los intereses y algunas otras cuestiones, que mas que interpretación son de aplicación, y necesariamente se necesita a un contador para analizarlo.

Artículo 95 Bis.- *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 de acuerdo con lo siguiente:*

I.- 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 conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, 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;

II.- 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;

III.- En caso de que no se publiquen las tasas de referencia para el cálculo del interés moratorio a que aluden las fracciones I y II de este artículo, el mismo se computará multiplicando por 1.25 la tasa que las sustituya, conforme a las disposiciones aplicables;

IV.- 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;

V.- El derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo surgirá por el solo incumplimiento de la obligación de la afianzadora dentro de los plazos referidos en la parte inicial de este artículo, aunque la obligación asumida en la póliza de fianza no sea líquida en ese momento;

VI.- El acreedor, una vez que haya surgido a su favor el derecho a las indemnizaciones establecidas en este artículo, podrá convenir con su deudor la revisión total o parcial a dichas indemnizaciones, salvo que se trate de las siguientes obligaciones:

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

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

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

VII.- Si en el juicio respectivo resulta procedente la reclamación, aun cuando no se hubiere demandado el pago de las indemnizaciones establecidas en este artículo, el juez o árbitro, además del importe que resulte de la obligación asumida en la póliza de fianza, deberá condenar al deudor a que también cubra esas prestaciones conforme a las fracciones precedentes;

VIII.- El sistema de actualización e intereses a que se refieren las fracciones I, II y III del presente artículo será aplicable a todo tipo de fianzas, salvo tratándose de las fianzas que garanticen créditos fiscales, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación;

IX.- Si la institución de fianzas, dentro de los plazos o términos legales, no efectúa el pago de las indemnizaciones a que estuviere obligada, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le impondrá una multa de quinientos a diez mil días de salario, y

X.- Cuando sea procedente, las instituciones de fianzas promoverán ante los fiados y demás obligados, el reembolso de las indemnizaciones que hubiesen cubierto conforme al presente artículo.

El artículo citado es sumamente necesario para regular la morosidad en que incurren las Instituciones de Fianzas para el pago de los Intereses, sin embargo es uno de los artículos que pueden ser perjudiciales al momento de querer cobrar los intereses moratorios o como el mismo establece indemnización por mora, ya

que en nuestro sistema judicial todavía hay dudas para su cobro por el simple hecho de que se cobra en Unidades de Inversión, al momento de calcularlos y el Juzgador al momento de emitir un criterio puede o no resolver sobre a quien le corresponde o no las cantidades calculadas.

Además de que se debería analizar alguna opción para tramitarse en vía incidental, reglamentando como prueba fehaciente para acreditar la indemnización a la que se refiere la pericial contable, por la complejidad en la materia y como se analiza en cada párrafo es importante para su cobro que todas las partes pertenecientes al juicio o la conciliación tengan un pleno conocimiento de cómo saber adecuar el porcentaje para hacer un cálculo correcto para nosotros abogados, porque se reitera suele ser complejo el cálculo de dichos intereses o indemnización por mora como se menciona.

3.4 CÓDIGO DE COMERCIO

El código de comercio es aquella ley reguladora que podemos invocar en el procedimiento especial de fianzas como materia que suple deficiencias, en este caso por existir lagunas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y por lo tanto nos apegamos al Procedimiento Ordinario Mercantil y lo preceptuado por los Artículos 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, y subsecuentes de la ley en cita.

Enseguida se enuncian los términos y días hábiles para interponer demanda en la Juicio Especial de Fianzas de conformidad con el Código de Comercio:

Presentada formalmente la demanda acompañando todos y cada uno de los documentos que acreditan la procedencia de la acción, se emplaza a la demandada, la cual en un términos de 5 días hábiles después de que surta efectos la notificación deberá hacer su contestación, con ella se dará vista a el Organismo para que manifieste lo que a su derecho le corresponda desahogando

dicha vista quedará cerrada la primer etapa de demanda y contestación de demanda oponiendo defensas y excepciones, surge un paréntesis, porque en este caso si la Institución de Fianzas tiene a bien denunciar el pleito a su fiado, a éste se le da un término de cinco días para que conteste, entonces el juzgador dará vista al beneficiario para que este desahogue en un término de tres días respecto a lo manifestado por el fiado, Después a petición de parte se solicita se abra el juicio a prueba por el periodo de 40 días de conformidad con el artículo 1383 del ordenamiento en cita.

Los diez primeros días son para ofrecerlas y los treinta posteriores son para su desahogo, al término de pruebas se abre la etapa de Alegatos los que se deberán presentar en el término de tres días y se pasará a dictar sentencia en el término de 5 días, ahora bien el Código de Comercio establece los términos correspondientes, ante la falta de los mismos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; algunos ejemplos a continuación se citan para abundar en el conocimiento de los términos en el que el Código de Comercio suple a la ley de la materia: interponer el recurso de apelación que es de nueve días, la documentación que se necesita para el trámite de algún incidente y el término de su interposición; se hace mención y no se debe pasar por alto que el más común en esta materia es el incidente de intereses moratorios o indemnización por mora, sin embargo el incidente de gastos y costas no se puede excluir.

3.5. CÓDIGO CIVIL

Este ordenamiento jurídico no lo podíamos dejar fuera, ya que es uno de los que maneja ampliamente el concepto de fianza y abarca todas y cada una de las partes que la integran, la regulación de la fianza puede ser inadecuada tan es así, que en el sector público se observa la regulación en materia mercantil, por consiguiente es necesario enunciar los siguientes preceptos legales que en este trabajo de tesis se deben tomar en cuenta. El artículo 2812 al enumerar las excepciones oponibles por el fiador al acreedor, omite aquellas que sean

inherentes a la fianza, siendo así que esta clase de defensas, generalmente constituirán el medio más importante para que el fiador resulte liberado.

Se deben distinguir, por consiguiente, las causas que extinguen la fianza por vía de consecuencia, debido a la extinción de la obligación principal, y que constituyen las excepciones inherentes a la misma, de las causas que extinguen la fianza en forma directa, quedando subsistente la obligación principal, y que constituyen excepciones que exclusivamente puede hacer valer el fiador.

El artículo 2812 del Código Civil Federal establece: *El fiador tiene derecho a oponer las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor.* Este precepto legal nos indica principalmente que el fiador puede oponer cualquier medio de defensa para no cumplir con la obligación pactada, sin embargo estamos en la premisa que puede ser contradictorio el presente precepto, porque si bien es cierto puede confundirse con las excepciones del deudor cuya obligación principal la puede oponer la Institución de Fianzas.

También es importante recordar que uno de los efectos entre el fiador y el deudor en este caso la Institución de Fianzas y el proveedor o contratista, es de conformidad con el Código Civil Federal que establece:

La institución de fianzas (fiador) que paga, debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza, si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor (artículo 2828 del Código Civil).

El fiador debe ser indemnizado por el deudor, en el caso de que pague lo debido:

- I. De la deuda principal.

II. De los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aunque éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagar al acreedor.

III. De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor haber sido requerido de pago.

IV. De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor (Artículo 2830 del Código Civil Federal).

En la subrogación, el fiador que paga se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (artículo 2830 del código Civil Federal). Y en la transacción, si el fiador hubiese transigido con el acreedor no podrá exigir al deudor sino lo que en realidad haya pagado (artículo 2831 del Código Civil Federal). Estas son algunas figuras que de conformidad con el ordenamiento en cita pueden surtir efecto en el Juicio Especial de Fianzas y de las cuales podemos mencionar para el análisis de nuestro cuarto capítulo. Ahora bien también este Ordenamiento nos habla de extinción de la fianza de conformidad con los artículos 2842 a 2849, como consecuencia lógica de la naturaleza de la fianza la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las misma causas que las demás obligaciones, la liberación hecha por el acreedor a unos de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quién se ha otorgado.

Al igual es importante señalar que las instituciones la invocan como excepción y la cual no podemos dejar de anunciar, ya que el mismo Código Civil Federal deja claramente establecido: *la prorroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador extingue la fianza*, estos son algunos conceptos que debemos tener presente ya que en el cuarto capítulo se analizará con mas precisión.

4. PROPUESTAS DE REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS PARA EL EFICAZ COBRO DE LAS PÓLIZAS DE FIANZA A FAVOR DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS (SEPOMEX)

Es muy importante hacer un análisis desde la perspectiva como parte integral del Organismo Descentralizado como lo es el Servicio Postal Mexicano, toda vez que por experiencia en el cobro de las Pólizas de fianzas que garantizan el cumplimiento, la buena calidad y los vicios ocultos, se hace notar la ambigüedad de algunas leyes relacionadas con esta materia. Por eso primeramente tenemos que indicar que para que exista una póliza de fianza a favor del Sepomex, primero tiene que iniciarse un procedimiento administrativo con la licitación pública ya sea nacional o internacional, una invitación a cuando menos tres personas o una adjudicación directa ya sea al proveedor o el contratista según sea el caso deberá reunir los requisitos que se establezcan para poder adjudicar el contrato respectivo.

Siendo así, el Organismo debe estar protegido al quedar garantizado ese contrato con la fianza (a través de una póliza), ésta como tal debe contener ciertos requisitos en su texto, para que pueda surtir sus efectos legales ante un incumplimiento, cuando los trabajos o las adquisiciones sean de mala calidad o existan vicios ocultos.

Refiriéndonos a las propuestas para un eficaz cobro, como se ha visto a lo largo de este trabajo un Organismo Descentralizado a pesar de que forma parte de la Administración Pública Federal, y que los diversos ordenamientos jurídicos, digámoslo así: “protegen sus intereses”, queda en estado de indefensión cuando hablamos de fianzas, porque son muy escasas las cantidades que se han podido recuperar con este rubro, ya sea por vicios en el procedimiento o porque las afianzadoras oponen un sin fin de excepciones o podríamos decir que éstas tienen ciertas ventajas.

Ante la vital necesidad de ir cambiando constantemente en nuestro sistema jurídico, es primordial analizar que cada uno de los puntos que este tema de tesis tiene conceptos que aunque actualmente se lleven a la práctica son obsoletos y por demás innecesarios, siendo así empezaremos con nuestro siguiente punto.

4.1. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA NORMATIVO PARA EL COBRO DE LAS FIANZAS

Primero retomaremos que la fianza administrativa, es un tema no muy conocido en la sociedad, pudiera ser por que solo se utiliza en el sector público y como tal, no se le da la importancia que tiene. Pudiese enriquecerse tal materia, pues su estudio es muy amplio y abarca un círculo social basto. Sin embargo existen deficiencias en su cobro, algunas son legibles y pueden palpase en la cotidianidad.

Como primer deficiencia en el Sistema Normativo para su cobro es que en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas todavía se habla de la Reclamación ante la misma, el cual da una ventaja a la Institución de Fianzas anunciando los medios probatorios de la acción que pudiera ejercer el Organismo en este caso Sepomex, la reclamación puede ser una estrategia para las instituciones de fianzas al establecer ellos mismos los parámetros para declarar o no procedente las reclamaciones que se presentan, entonces estamos en la siguiente vertiente ¿Qué consideración toma la Institución de Fianzas o en que se apoyan para determinar si procede o no una reclamación?, ¿En verdad hay un estudio minucioso dentro de la reclamación para saber si a ésta le asiste el derecho a reclamar las cantidades y poderlas cobrar?, son algunas interrogantes que día con día surgen y seguirán surgiendo si es que no se reestructura nuestro sistema normativo, además debemos tener en mente que en nuestro circulo social hay una secuencia de errores que se pueden evitar.

Otra deficiencia es la Conciliación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, al llegar ante este Organismo y solicitar se concilie con la Institución de Fianzas para analizar si existe la posibilidad de que se pague el detrimento que causó el proveedor al incumplir con lo estipulado, la deficiencia existe en que la fiadora siempre va empeñarse indicando que al Organismo no le corresponde las cantidades establecidas en la pólizas de fianza, porque al proveedor o no se le pagó a tiempo, o porque no se le explicó, o porque son obligaciones no contraídas, siempre oponen un sin fin de cuestiones que están fuera del alcance del Organismo para llegar a un arreglo.

En el procedimiento ante el Tribunal respectivo de conformidad con el Código de Comercio, existe una deficiencia al regularse de conformidad con el procedimiento ordinario mercantil, ya que se le da la ventaja a la Institución de Fianzas para establecer su defensas en hechos que supuestamente ocurrieron, sin embargo pueden ser dilatorios y hasta pueden perjudicar al Organismo, ya sea porque opuso alguna excepción que al tomarla en cuenta el Juez cumple con los requisitos para emitir la sentencia absolviendo a la Institución de Fianzas o porque simplemente no valoró las pruebas ofrecidas y desahogadas dentro del proceso, y de igual manera al emitir su fallo absuelve a la fiadora, razones obvias para darme cuenta de las ventajas que tienen las Instituciones de Fianzas ante el Organismo (Sepomex) y hablando en general ante los particulares y otros Organismos que utilizan este medio de garantía.

También existe deficiencia a favor del proveedor o contratista, al promover de inmediato ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa la nulidad de la Resolución que decreta la rescisión de contrato (ésta Resolución Administrativa ordena hacer efectivo el cobro de las pólizas por incumplimiento, mala calidad o vicios ocultos).

Este es un problema común dentro de este Organismo Descentralizado, ya que para iniciar una reclamación y emprender todo un recorrido jurídico con la finalidad

de obtener alguna cantidad a favor del Organismo, existe antes, todo un procedimiento administrativo primero de licitación, adjudicación, surge el incumplimiento, la mala calidad o en su caso el vicio oculto, se somete a consideración para saber si se puede rescindir dicho contrato y después hacer efectiva la garantía, es cierto que si el proveedor o contratista cumple con lo pactado no surge ningún problema; ¿Pero que pasa cuando lo hay?, administrativamente el Organismo es vulnerable para determinar si se rescinde o no, no obstante el proveedor o contratista cuenta con el término de cinco días para desvirtuar aquello que se le imputa, presentando pruebas, argumentando conforme a derecho el porque incumplió o porque resultó de mala calidad o existió el vicio oculto, sin embargo, cuando ya está firme la resolución administrativa tiene la opción de acudir ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a solicitar la nulidad de la resolución dictada por el Organismo Descentralizado, la deficiencia existe en este punto toda vez que el proveedor acude a esta Autoridad aunque no le asista el derecho, para retrasar indirectamente el pago de la Fianza de Garantía.

Dentro de las Políticas, Bases y Lineamientos del Sepomex (Servicio Postal Mexicano) también hay deficiencias, al no establecer los procedimientos para rescindir los contratos y la conclusión que tendrán las fianzas otorgadas al Organismo.

Aunque el objetivo de las mismas es robustecer el marco normativo aplicable a la Administración de las Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios que realiza el Servicio Postal Mexicano, con la finalidad de regular las acciones relativas a las adquisiciones y arrendamientos de bienes y la contratación de servicios que requieran las áreas solicitantes, dando cumplimiento al Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, determinando los ámbitos de participación de las áreas encargadas de efectuar los procedimientos.

Ahora bien dentro de las Políticas, Bases y Lineamientos tenemos que se habla someramente de la garantías y la cual establece qué la áreas responsables de suscribir contratos y /o pedidos, deben solicitar a los proveedores la garantía de cumplimiento de los mismos, dentro del plazo que al efecto establece el artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Que los originales de las pólizas de fianza que entreguen los proveedores al Servicio Postal Mexicano, deben remitirse inmediatamente a la Gerencia de Tesorería de la Subdirección de Finanzas, para su resguardo correspondiente. Establece que la cancelación de las fianzas solamente procederá cuando el proveedor solicite su liberación y el área usuaria otorgue su conformidad del bien adquirido o del servicio contratado, al término de la vigencia de la garantía. A petición expresa de las áreas responsables de suscribir los contratos o pedidos, la Subdirección de Finanzas entregará la fianza directamente al proveedor que la haya solicitado.

Para la determinación del porcentaje de la garantía de cumplimiento y anticipo se considerará la naturaleza del bien o del servicio, la complejidad para su suministro o prestación, el monto pecuniario del pedido o contrato y los criterios que se determinen en el Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Servicio Postal Mexicano.

A la Persona Física o Moral a la que se le adjudique un contrato y pedido, como resultado de una licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o por adjudicación directa, a fin de garantizar su cumplimiento, debe entregar póliza de fianza expedida por institución autorizada para ello, a favor del Organismo, por un monto equivalente al 10%, 15% o 20% según corresponda el importe total del contrato y/o pedido, sin incluir el Impuesto al Valor Agregado conforme se muestra en el siguiente ejemplo.

(IMPORTES EN PESOS)

Rango en el que se ubica el Importe total del Contrato Porcentaje de la fianza a entregar:

De \$ 25,001.00 hasta \$ 1,000,000.00 Será del 10%

De \$ 1,000,001.00 hasta \$ 5,000,000.00 Será del 15%

De \$ 5,000,001.00 En adelante Será del 20%

En cualquier procedimiento de adjudicación, excepto las adjudicaciones directas por monto que establece el presupuesto de egresos de la Federación (artículo 42 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público), la garantía de cumplimiento del contrato y/o pedido debe presentarse a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma de los mismos, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro del citado plazo, caso en el cual no será necesario que el proveedor entregue la garantía de referencia.

En aquellas adquisiciones de bienes que cuenten con garantía del fabricante, debe ser necesario que los bienes se entreguen invariablemente con dicha garantía, en caso de aplicarse la misma, debe realizarse en primera instancia por conducto del proveedor adjudicado.

En cuanto a la Fianza de Anticipos y su correcta aplicación debe garantizarse la totalidad del monto otorgado, mediante póliza expedida por Compañía legalmente autorizada para ello, a favor del Sepomex, la que debe permanecer vigente hasta su total amortización y sólo será cancelada con autorización expresa de la Subdirección de Recursos Materiales y por escrito a la Subdirección de Finanzas. La póliza de fianza de anticipo y el original de la factura que ampare su monto, debe entregarse al Sepomex, previamente al otorgamiento del pago y a más tardar en la fecha establecida en el contrato y/o pedido, así como constituirse en la misma moneda en que se otorgue el mismo.

Tratándose de bienes cuyo proceso de fabricación sea superior a 90 días, puede otorgarse anticipo, sujeto a disponibilidad presupuestal y calendarización de gastos autorizado, conforme a lo siguiente:

En las Convocatorias de las licitaciones públicas, las Bases en las solicitudes de cotización y en los contratos, deben indicarse las condiciones y porcentaje del anticipo. El anticipo podrá otorgarse hasta por un cincuenta por ciento del monto total del contrato asignado. El importe del anticipo que se otorgue debe pactarse bajo la condición de precio fijo, los proveedores deben garantizar a satisfacción del Sepomex la totalidad del monto de los anticipos que se le otorguen.

En las adquisiciones, arrendamientos y servicios distintos a los previstos anteriormente que sean estrictamente indispensables, se pueden otorgar anticipos hasta por un cincuenta por ciento del monto total del contrato y/o pedido. Los anticipos que se otorguen, deben amortizarse proporcionalmente en cada uno de los pagos. El único Servidor Público que puede autorizar el otorgamiento de anticipos, es el Director General del SEPOMEX.

Como se puede constatar dentro de las Políticas, Bases y Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Organismo no se regula algún procedimiento para un eficaz cobro, sin embargo debería especificarse para que cuando el proveedor incumpla o el contratista si se tratara de obra, la Institución de Fianzas resarciera de inmediato el detrimento que causo tal incumplimiento.

Otra deficiencia en el sistema normativo para el cobro en el contrato de fianzas se da en el texto de las pólizas en el cual tiene una unilateralidad de las pólizas de fianza, solamente

4.2. MECANISMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA NORMATIVO PARA EL COBRO DE LAS FIANZAS.

Hablando de mecanismos para implementar un sistema normativo, estos darán al reformar la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, retomándose el concepto del contrato de fianza y todas las partes que lo conforman, haciendo mas explicito su contenido, así como los artículos que indican el procedimiento, enunciando término por término que le corresponde a las partes, indicando las excepciones que puede oponer el fiador e indicando el detrimento que le puede causar al proveedor o fiado, con esto evitaríamos muchos incumplimientos que en la actualidad surgen.

A su vez quedaría validado el contrato de fianza a un cien por ciento, teniendo la seguridad que el mismo crea un ambiente de confianza al saber que la misma te respalda en caso de incumplimiento por parte del proveedor o contratista. Por lo tanto, las Instituciones de Fianzas también tendrán que buscar la manera de asegurarse que sus fiados cumplan con los requisitos para dar cumplimiento a lo contratado.

Una opción sería que la póliza de fianza trajera aparejada la ejecución, para que se considere un cobro inmediato o con la salvedad de que la cantidad recuperada esté en el Seguro del Juzgado hasta en tanto se resuelva si le corresponde o no al Sepomex cobrar las cantidades, como si fuera un embargo precautorio.

Siendo así nos enfrentamos a muchas salvedades para las instituciones de fianzas, pero siendo un contrato tan vulnerable que puede resultar una limitación para los Organismos Descentralizados al enfrentarse al cobro del mismo, la póliza de fianza como garantía tiene matices que en la vida jurídica pueden ser un tanto insidiosos, por la amplitud jurídica que tiene la póliza de fianza, otro mecanismo sería que desde las Políticas, Bases y lineamientos del Servicio Postal Mexicano,

se regularan o reglamentaran las actuaciones de los Servidores Públicos, al no indicar a los concursantes o aquellos que pretenden brindar un servicio o adquisición o al contratista el procedimiento desde una perfecta rescisión hasta el procedimiento especial de fianzas, al tener esto controlado no repararía en perjuicio al Servicio Postal Mexicano; las fianzas que se otorgaran al Organismo y las cuales fueran incumplidas serían cobradas sin ningún problema.

La fianza dentro del Organismo al ser un contrato muy importante dentro de ese triángulo entre contratista, Sepomex e Institución de Fianza, no debe confundirse con una pena convencional, toda vez que ésta se da en caso de incumplimiento en el tiempo de entrega de los bienes o prestación de los servicios (solo retraso), el responsable de la recepción y trámite de facturas, procederá a calcular la pena y no afecta en ningún momento a la garantía, la pena convencional se le notificaría al representante del proveedor o contratista y se aplicará en la factura para un pago futuro.

Las penas convencionales serán determinadas en función de los bienes o servicios no entregados o prestados oportunamente. En las operaciones en que se pactare ajuste de precios, la penalización se calcularía sobre el precio ajustado, en las bases de licitación pública e invitación a cuando menos a tres personas, así como en los contratos, se establecerá la penalización por atraso en la entrega de bienes y en los casos concretos que establezca el área Técnica, por los cuales se aplicará la pena convencional a los proveedores por el atraso en prestación de servicios, mismas que deben referirse únicamente a los plazos pactados de entrega de los bienes o prestación de los servicios.

Y en este caso en ninguna circunstancia el monto de las penas convencionales que se apliquen, podrá exceder del monto de la fianza de cumplimiento del contrato que corresponda, del monto de los bienes o servicios no entregados o prestados oportunamente. Las penas convencionales serán determinadas en función de los bienes o servicios no entregados o prestados

oportunamente, por lo tanto no puede confundirse en ningún momento con la afectación a las pólizas de fianzas.

4.3. LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

La ley Federal de Instituciones de Fianzas establece el procedimiento para poder ejercitar acciones legales en contra de las fiadores, el procedimiento aunque conocido, presenta grandes lagunas; la misma regula algunas conductas que en la actualidad no se llevan a la práctica, hay conceptos contables que son desconocidos para aquellos que nos dedicamos a litigar, pero no se nos exige el conocerlos, es necesario tener una cultura más amplia en cuanto a este procedimiento llamado “Especial de Fianzas”, toda vez que tiene sus propios términos es un juicio complicado. Al menos para mi como defensa del Organismo te enfrentas con dos partes a la vez; fiadora y fiado, que exponen ante el Juzgado sus razones por las cuales no se debe hacer efectiva la garantía “fianza” y por otra parte el Organismo que solo cuenta con documentación administrativa que muchas de las veces no valora adecuadamente el Juez, sin embargo, nos apegamos a los preceptos legales que establece esta Ley en comento, pero para mi punto de vista debe ser reestructurada, analizando cada concepto que actualmente se utiliza.

Respecto al artículo 93 de la presente ley, siento que puede ser obsoleto solo se le da ventaja a las Instituciones de Fianzas, primero avisando que su fiado incumplió, segundo le tienes que acreditar que eres acreedor al pago de la póliza de fianza ofreciendo pruebas, las cuales se presentan ante la Institución en copia certificada, para que al final te digan que es improcedente tu reclamación o para que nunca te respondan, ventaja que puede perjudicarle al Organismo al final de un juicio porque o ya se allegaron de documentación para echar abajo el incumplimiento en que incurrió el fiado o simplemente oponen un sin fin de excepciones que al ser valoradas pueden perjudicar a el Organismo que aparte de que sufrió un detrimento por parte del proveedor, sufre otro al no poder cobrar la

póliza de fianza que se expidió a su favor. Como conclusión tenemos que este artículo se debe derogar, al no tener razón de ser y porque da ventaja solo a una de las partes en este caso a la “institución de Fianzas”.

4.3.1. ARTÍCULO 94

De análisis del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones, se desprende que es necesario hablar puntualizando de una reforma al presente artículo por lo importante que es el procedimiento especial de fianzas, toda vez que es un punto medular para cualquier acción que se pretenda ejercitar en contra de una Institución de Fianza en especial por la fianza que se haya expedido a favor de un Organismo, por lo tanto citaré textualmente el siguiente precepto legal:

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

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

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

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

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

V.- Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, conforme a las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

Aunque se sabe que el procedimiento puede tener las mismas reglas para ejercitar cualquier acción, es necesario integrar dentro de este artículo el procedimiento como si fuera un juicio con tramitación especial, que para mi punto de vista lo es, al estar conformado con ciertas circunstancias que le dan ciertas particularidades.

Existe una laguna visible al iniciar el procedimiento ante un Tribunal, ya que no siempre los criterios de los Juzgadores es el mismo, y entonces estamos en la premisa que es obvio que se debe regular en cuanto a los términos como lo mencione anteriormente explícitamente como por ejemplo si mencionamos que se tiene un periodo ordinario de diez días de prueba entonces estamos en el tenor de que puede existir una confusión, ¿tendremos un termino de tres días para ofrecer y los siguientes siete días son para desahogar? Y aunque la misma ley nos remite al procedimiento que maneja el Código de Comercio, sería necesario que explicara claramente que términos son los que se tienen tanto para ofrecer pruebas como para desahogar las mismas.

Ahora bien, en cuanto a que se dicte la sentencia dentro del término de cinco días, es necesario indicar que los Juzgadores no llegan a emitir sus resoluciones en el mismo por la carga de trabajo, por consiguiente debería ampliarse o en este caso a esta resolución debería dársele la característica de llevar aparejada la ejecución.

Es necesario también aclarar que después de que se dicta en la primera instancia la sentencia todavía procede el recurso de apelación y el juicio de amparo, el cual hace más tardado el juicio especial de fianzas ocasionando un

detrimento mayor para el Organismo y porque no, también ocasiona perjuicio tanto a la Afianzadora como al fiado.

En cuanto a la fracción V del artículo en cita resulta incongruente por todas los problemas que puede acarrear el hecho que el juzgado al girar el oficio para que ejecute la sentencia, que la afianzadora pueda o no responder al mismo, que se pueda embargar y después rematar, esto hace difícil el cobro de póliza de fianza por todo los trámites que se deben realizar.

En cuanto a las excepciones que pueden interponer las instituciones de fianzas inherentes a la obligación principal, es necesario puntualizar que desde que existe una rescisión fundamentada, ya existe un incumplimiento y por lo tanto la obligación principal está afectada, para mi particular punto de vista la póliza de fianza ya puede pagarse al Servicio Postal Mexicano.

4.3.2. ARTÍCULO 95

En particular este precepto legal ha llegado a ocasionar muchas confusiones para los Organismos Descentralizados, respecto a si se considera o no parte de la federación y si se debe o no enviar la documentación a la Tesorería de la Federación para su trámite, motivo por el cual en el capítulo segundo analizamos cada uno de los Organismos que integran la Administración Pública, es necesario mencionar que también es una de las deficiencias que tenía el Organismo, porque anteriormente se consideraba que por ser Descentralizado pertenecía a la Federación y todas las fianzas que llegaban a favor del Organismo y de las cuales existían incumplimientos, para poderlas afectar se recurría a la Tesorería, la cual hacia efectivas las mismas y las cantidades recuperadas, se destinaban a las arcas del Estado, nunca ingresaban en el presupuesto anual del Organismo, lo que significaba otra pérdida para el mismo.

Artículo 95. Las fianzas que las 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 de esta Ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el Reglamento de este artículo, 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:

I.- Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería el Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;

II.- Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La autoridad ejecutora facultada para ello 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, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello;

III.- 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 los términos de este artículo;

IV.- 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 cumplió con el requisito de la fracción V.

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;

V.- En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, señalado en la fracción III de este artículo, demandará la improcedencia del cobro ante

la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, a que se hace cita en la fracción II, primer párrafo de este artículo, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellado de la misma;

VI.- 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 Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que declare la improcedencia del cobro;*
- d).- Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.*

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

Este precepto legal debe reformarse indicando que Organismos son los que pueden acudir ante la Tesorería de la Federación para iniciar el procedimiento de reclamación, a su vez puede manifestar porque razones son rechazados los documentos, fundamentando que se envían ante la misma para su cobro, aunque seamos parte de un todo como Administración Pública, es necesario actualizarse puntualizando que cada Organismo se debe instruir teniendo ciertos límites, con el objetivo de que lleve cada uno de ellos un control intrínseco de su misma dependencia.

Ahora, bien el contrato de fianza al tener un procedimiento judicial es necesario elevar su valor. Este contrato tiene matices que dentro de la ley Federal de Instituciones de fianzas se hace notable su desconocimiento, los cuales aprovechan las Instituciones de Fianzas, sin embargo es tiempo de que se le diera auge, porque este contrato estará vigente por muchos años más, ya que tiene viabilidad, tanto para quienes lo contratan, como para los que la solicitan como garantía.

4.3.2. ARTICULO 95 BIS

El siguiente precepto es necesario analizarlo ya que es otra de las deficiencias para hacer efectivo el cobro de las pólizas de fianza, en su totalidad, al hablar de totalidad me refiero que es la cantidad establecida en la póliza y la indemnización por mora que establece, y que por desconocimiento de la presente materia, es muy probable que se deje de promover, resultando ser otra ventaja para la Institución de Fianzas.

Esta indemnización que refiere es clara al precisar si es que no cumple con las obligaciones dentro de los plazos con los que cuenta legalmente, es importante señalar que durante la vida laboral que he tenido nunca, he visto que una Institución de Fianzas, se apegue a este Artículo y que sin juicio previo, la misma de cumplimiento pagando tanto la suerte por la que se expidió la fianza como para los intereses o indemnización por mora que establece el siguiente Artículo.

Artículo 95.-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 de acuerdo con lo siguiente:

I.- 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 conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, 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;

II.- 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;

III.- En caso de que no se publiquen las tasas de referencia para el cálculo del interés moratorio a que aluden las fracciones I y II de este artículo, el mismo se computará multiplicando por 1.25 la tasa que la sustituya, conforme a las disposiciones aplicables;

IV.- 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;

V.- El derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo surgirá por el solo incumplimiento de la obligación de la afianzadora dentro de los plazos referidos en la parte inicial de este artículo, aunque la obligación asumida en la póliza de fianza no sea líquida en ese momento;

VI.- El acreedor, una vez que haya surgido a su favor el derecho a las indemnizaciones establecidas en este artículo, podrá convenir con su deudor la revisión total o parcial a dichas indemnizaciones, salvo que se trate de las siguientes obligaciones:

- a).- Las derivadas del estado civil o alimentos;*
- b).- Las derivadas de sucesiones en las que estén involucrados derechos a favor de menores;*
- c).- Las de carácter fiscal federal, local o municipal;*
- d).- Las que tengan como beneficiario a autoridades o entidades de las administraciones públicas, federal, locales o municipales; y*
- e).- Las de carácter civil que tengan como beneficiario a personas físicas o morales que no se dediquen a actividades empresariales;*

VII.- Si en el juicio respectivo resulta procedente la reclamación, aun cuando no se hubiere demandado el pago de las indemnizaciones establecidas en este artículo, el juez o árbitro, además del importe que resulte de la obligación asumida en la póliza de fianza, deberá condenar

al deudor a que también cubra esas prestaciones conforme a las fracciones precedentes;

VIII.- El sistema de actualización e intereses a que se refieren las fracciones I, II y III del presente artículo será aplicable a todo tipo de fianzas, salvo tratándose de las fianzas que garanticen créditos fiscales, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación;

IX.- Si la institución de fianzas, dentro de los plazos o términos legales, no efectúa el pago de las indemnizaciones a que estuviere obligada, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le impondrá una multa de quinientos a diez mil días de salario, y;

X.- Cuando sea procedente, las instituciones de fianzas promoverán ante los fiados y demás obligados, el reembolso de las indemnizaciones que hubiesen cubierto conforme al presente artículo.

El precepto legal que antecede puede ser objeto de alguna reforma en la presente Ley, el propio juzgador para poder resolver este tipo de incidente se debe de allegar de todos los elementos para resolver correctamente, sin embargo sus argumentos no los busca dentro de la misma ley, si no que se recurre al Código de Comercio. En esa circunstancia, el mismo juzgador debería ajustar de oficio la planilla que exhiben tanto la parte actora como la demandada y tendría por objeto determinar con precisión la cuantificación a que fue condenada la parte vencida, además de que ellos tienen potestad como directores para precisar, examinar y analizar, si aquella se ajusta o en su caso se corrige la suma pretendida, ya que estimar lo contrario, es decir, declarar su improcedencia por no coincidir aquellas haría falso el derecho para hacer efectiva aquella cantidad que le favorece al Organismo, lo que significaría contrariar la obligatoriedad con la que está investida la fianza apartándose, además del cumplimiento estricto al principio

de economía procesal, por eso es necesario tener conocimiento del costo de captación a plazo de pasivos denominados en Unidades de Inversión, publicado por el Diario Oficial de la Federación, correspondiente a cada uno de los meses en que se incurrió en mora, es decir, a partir de la fecha en que se hace exigible el pago de la suerte principal, tal y como lo establece el presente precepto legal.

Es necesario que para poder calcular los intereses moratorios se tiene que recurrir al Banco de México que nos indica el Costo de Captación a plazo de pasivos denominados en Unidades de Inversión, también se debe tener en cuenta que es indispensable mencionar que no se requiere alguna prueba fehaciente para demostrar la existencia de los indicadores económicos emitidos por el Banco de México, pues basta que estén publicados en el Diario Oficial de la Federación, para que la autoridad los tome en cuenta en virtud de su naturaleza y obligatoriedad y porque su inserción en el Órgano oficial de difusión, tiene por objeto dar a conocer el acto de que se trata su publicación, determina precisamente que los tribunales a quienes se les encomienda la aplicación del derecho por su notoriedad, no pueden argüir desconocerlo además que el artículo 95 bis , prevé este método por el cual debe allegarse a la cuantificación para obtener el monto que correspondiera en caso de tener derecho al cobro de los mismos, aunque en la práctica este tipo de intereses el Servicio Postal Mexicano, ha tenido muchos obstáculos para poder cobrarlos, porque siempre existe una disyuntiva al hacer las operaciones aritméticas, ya que exceden muchas veces las cantidades resultado de los intereses a la suerte principal, entonces estamos hablando que hay una violación al principio del derecho que establece que nunca lo accesorio superara a lo principal.

Por consiguiente, las operaciones aritméticas para fijar la cantidad de los intereses moratorios se debe calcular multiplicando el costo de captación a plazo de pasivos denominados en Unidades de Inversión de las Instituciones de Banca Múltiple del país, por 1.25, factor determinado por el numeral 95 bis, fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; dividido entre 365, multiplicado por el

número de días que corresponda a cada mes en que exista mora multiplicado por el valor de la Obligación en Unidades de inversión.

4.4. BENEFICIOS

En lo personal dentro del tema de los contratos de fianzas hay muchos matices que he notado que se pueden cambiar, tanto en la ley que se debe aplicar para el correcto cobro de las pólizas, para mí el contrato de fianza es muy vulnerable, se apega a ciertas circunstancias que ni el pagare, ni otro título de crédito o de garantía contiene, es viable su aplicación por ser accesorio y dentro del presente trabajo es necesario para cualquier contrato de prestación de servicios o de adquisición, el contrato de fianza debe tener prioridad al ser éste quien responda por obligaciones pactadas por terceros, por esta importancia que contiene se debe tener siempre presente que su regulación debe ser correcta, sin dejar en estado de indefensión a ninguna de las partes, en otra tesitura primeramente se debe hablar de un cambio a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que es la primera ley que debe invocarse ante cualquier otra.

Esta Ley debe reformarse desde la manera de establecer los preceptos legales exponiendo de manera concisa y precisa el término de los procedimientos aplicables para lograr el cobro de las fianzas, a su vez indicar bien los momentos para promover en caso de que existiera un juicio, indicar en que momento prescribe la acción, pero sobre todo indicar que dentro de las garantías que se expiden para los Organismos descentralizados éstas deben estar reguladas por las leyes aplicables y se debe explicar expresamente que devienen de una rescisión administrativa, de un acto administrativo el cual debe estar fundamentado y apegado a derecho y con esto no quiero inclinarme siempre al Organismo y dejar en estado de indefensión a la Institución de Fianzas, simplemente se deben de esclarecer las lagunas que se tienen para la regulación de este tipo de fianzas y que como abogados desconocemos, ampliando el

conocimiento de todos aquellos que nos dedicamos a este litigio que puede resultar muy complejo el querer hacer efectivas las fianzas.

4.4.1. JURÍDICOS

El beneficio jurídico se daría al tener un procedimiento más fresco, mas conocido, una rama más de derecho donde como abogados podríamos acrecentar, dando seguridad jurídica desde la rescisión en cuanto a los Servidores Públicos que la realizan y sobre todo para el Órgano por las cantidades recuperadas que sirven para mejorar el servicio público que se presta el mismo. Siendo así, en términos de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere que el funcionario que emita la decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la rescisión es un servidor público, sujeto a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de la Federación y de manera particular, a lo decretado en el numeral 47 de dicho ordenamiento:

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial de Distrito Federal, los funcionarios y empleados y en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.”

Artículo 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a

las sanciones que corresponda, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas:

XXII.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición relacionada con el servicio público, y

XXIV.- La demás que le impongan las leyes y reglamentos.

De lo anterior, resulta que la carga de fundar y motivar concluye un deber respecto del cual ha de responder el servidor público a quien corresponda emitir la resolución que decida sobre la procedencia o improcedencia de la rescisión, a la luz de los razonamientos expuestos en la vista que aquí se desahoga, teniendo a su vez trascendencia lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta Magna, en que a la letra se decreta:

Artículo 128.- Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.

Se podrá pensar que no tiene ninguna relación dentro de las garantías el que el Servidor Público emita la resolución administrativa en donde establezca la rescisión del contrato y que la misma mande hacer efectivas las pólizas de fianza, pues es necesario establecer que desde que el Servidor Público interviene, tiene una relación estrecha, porque si el éste actúa conforme a derecho y apegado al procedimiento que establecen tanto las leyes como reglamentos, las fianzas que intervienen se tendrán que hacer efectivas, esto es, cuando la resolución administrativa no tiene ninguna deficiencia, basta para que se dé la efectividad de la fianza, en la práctica es distinto, tanto los legisladores como los juzgadores no han notado esta relación tan estrecha que

existe y que sin duda es fuente de obligaciones, para mi rescisión de contrato de prestación de servicios, adquisiciones, etc., es igual a la efectividad de la fianza ya sea de anticipo, mala calidad o de cumplimiento.

Efectivamente, de los criterios transcritos, se distingue la obligación de que la autoridad actúe en respeto a las más esenciales reglas para los actos de imperio y por tanto, se exige que en las resoluciones se contemplen los razonamientos lógicos- jurídicos que sirvan de base a la determinación particular sobre la que verse el pronunciamiento y sobre todo porque de éste se derivará la efectividad de las fianzas.

Por lo tanto como conclusión se tuvo que todas las resoluciones administrativas que rescindan el contrato de prestación de servicios o el de adquisición de bienes y tengan el ordenamiento de hacer efectivas las garantías de fianza a favor del Servicio Postal Mexicano deben estar motivadas y fundamentadas, para evitarnos más complicaciones en el momento de querer cobrar las mismas.

En otra tesitura, otro beneficio para que se reformará el contrato de fianza, sería que trajera aparejada ejecución aunado a que teniendo una resolución administrativa eficaz, las instituciones de fianzas no tendrían porque negarse a pagar las cantidades por las cuales contrajo su obligación, sin embargo tendría que valorarse este razonamiento, porque se habría que dejar claro que rescisión administrativo es igual a efectividad de la fianza.

4.4.2. ECONÓMICOS

Desde el punto de vista económico, se tendría que tanto el Organismo como las Instituciones de Fianzas, se ahorrarían todas las vicisitudes desde la reclamación, todas las etapas del juicio, los honorarios de abogados, las cantidades recuperadas serían destinadas por parte del Servicio Postal Mexicano

a la mejoría de los servicios que presta este Organismo, desde las instalaciones que se ocupan como los productos que se ofrecen, esta mejora sería muy visible por que se crearían contratos seguros, que den frutos, existirían mas ingresos menos detrimento al Organismo, y a su vez ayudaríamos a que otros Organismos descentralizados tuvieran credibilidad en el contrato de fianza administrativa, por los ingresos que generan en caso de incumplimiento. Por lo tanto, de igual forma, se promovería el uso eficiente de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; ocasionando con esto el impulso del desarrollo jurídico y económico, que arrojarían grandes ventajas para todos los que pertenecemos al Servicio Postal Mexicano.

4.4.3. SOCIALES

Se daría una mejora en los servicios prestados a la población manteniendo bajos los costos, el Servicio Postal Mexicano, tendría credibilidad por la población, se podría mejorar la apariencia del mismo, evitando así la desaparición de éste ya que esta institución como es un tesoro de nuestro México, al tener como objeto el transmitir sentimientos, augurios de alegrías y de dramas, de sorpresas de parabienes, de tristezas y de felicidad por medio de cartas y paquetería.

Actualmente los tipos de servicios que se prestan dentro del Servicio Postal Mexicano son el correo social y el correo corporativo, por lo tanto con la recuperación de cantidades derivadas de las fianzas se podría mejorar el correo, aunque no parece, tendría una gran trascendencia todos estos recursos que ingresarían. Ya que en general una gran parte del correo tiene como clientes a empresas, asociaciones y corporaciones que se verían favorecidas.

En la población en general social consistiría en que los envíos de cartas pertenecientes a los particulares serían beneficiados desde su entrega rápida, una mejor atención y todo lo que implica que el Servicio Postal Mexicano tuviera competencia con otros Organismos paralelos. Porque uno de los objetivos básicos

del Servicio Postal Mexicano como único organismo autorizado para el manejo de correspondencia, “es ofrecer a toda la población cobertura de servicios de entrega de cartas y paquetes a precios accesibles. Alcanzar estándares internacionales de calidad, entregando la correspondencia y los envíos en forma confiable y oportuna. Así como establecer servicios postales especializados y de valor agregado, para promover el intercambio comercial nacional e internacional.”³²

Por lo anteriormente expuesto se deduce que la razón de ser del Servicio Postal Mexicano es apoyar la integración y cohesión nacional, y de México con el mundo, a través de la entrega confiable, oportuna y a precios accesibles de cartas, mensajes y envíos de la sociedad.

4.5. BALANCE FINAL

Para mi punto de vista este proyecto sirvió para conocer la importancia que puede tener el contrato de fianza el cual es muy amplio, aparte vulnerable y como contrato tiene muchas variantes, es un contrato que puede ser enriquecido y que por mucho tiempo estará vigente, abarca un sin fin de materias hablando en cuanto al derecho en donde se puede aplicar o ejercer.

Este contrato dentro de la materia administrativa es el que da confianza para las partes contratantes, aunque solo respalde un cumplimiento o un anticipo, es uno de los contratos que da seguridad al Organismo para celebrar contratos, aunque es un contrato accesorio puede ser imprescindible.

Asimismo en el presente trabajo observé las lagunas que todavía existen desde el procedimiento administrativo hasta el jurídico y su aplicación, por eso es necesaria una reforma en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para que ésta regule desde el procedimiento y su aplicación, se necesita mas teoría sobre la materia, por ser necesaria no solo para este Organismo sino para la sociedad

³² http://WWWSepomex.gob.mx/nosotros/Vision/mision_vision.htm

en general, también pude darme cuenta en el presente trabajo que desde que hay una licitación pública o una invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa, ya existen vertientes que hacen más importante las garantías en este caso la fianza, por lo tanto debe regularse con amplitud dentro de nuestro sistema normativo.

En otra tesitura, analizando las excepciones y defensas que manejan las Instituciones de Fianzas podemos esgrimir que éstas pueden ser perjudiciales para el Organismo, por lo tanto el mismo debe tener y debe contar con todas las pruebas suficientes para poder hacer efectivas las fianzas, aunado a que son las resoluciones administrativas una fuente importante para que surja este derecho de reclamar las mismas.

Finalmente este balance sirve para dar a conocer que la fianza administrativa más que otra es esencial e imprescindible en la celebración de los contratos, aunque sea considerado como un contrato accesorio.

PROPUESTA

Las propuestas de reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para el eficaz cobro de las pólizas de fianza a favor de los Organismos Descentralizados (Sepomex), serían las siguientes:

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se debe reformar en virtud de que la misma es ambigua en sus preceptos legales, deben ser más claros en cuanto a sus términos de prescripción, caducidad, presentación de escritos y promociones, en el procedimiento para su hacer efectivas las fianzas, debe ser más imparcial, ser explícita desde el momento en que se debe presentar demanda hasta el momento de su conclusión, cuando se dicte que es cosa juzgada.

Se debe suprimir su Artículo 93, que refiere a las reclamaciones que se deben presentar ante las Instituciones de Fianzas, toda vez que dan cierta ventaja a las mismas; en virtud de que las afianzadoras conocen antes que la Autoridad competente, todos los argumentos y pruebas con los que cuenta el beneficiario.

Otra razón por la cual se debe suprimir este precepto legal, es porque la misma Institución de Fianzas, emite resolución a las reclamaciones planteadas y se le otorga un beneficio, como si fuese autoridad.

El artículo 94 de la misma Ley, debe expresar cada uno de los términos con los que cuenta el beneficiario para querer hacer efectiva la fianza, así como a que Autoridad se debe recurrir, simplemente debe ser clara en este Artículo, para que no exista lagunas que pongan en estado de Indefensión a cualquiera de las partes.

En otra tesitura desde mi punto de vista, sería correcto que la póliza de fianza trajera aparejada ejecución, para que desde la primera excitativa de la

presente ley, se embargaran bienes suficientes en este caso acciones a las Instituciones de Fianzas para que estas respondieran por las obligaciones que contrajo a favor del beneficiario y en perjuicio de su fiado.

En el artículo 94 Bis, desde mi punto de vista se debe suprimir este precepto, toda vez que confunden a los beneficiarios, ya que al querer interpretar el mismo puede confundirse con el tipo de fianzas, por lo tanto, se debería especificar a que tipo de fianzas se refiere o en su caso indicar expresamente a que se refiere cuando establece: *“podrán iniciar un incidente para su pago”*, porque se reitera se deja en estado de indefensión al beneficiario.

En cuanto al Artículo 95, éste debe reformarse en su totalidad, ya que establece ciertas limitantes para aquellos Organismos que pertenecen a la Federación, del Distrito Federal, los Estados y Municipios, en virtud de que los mismos pueden hacer efectivas sus propias pólizas fianzas, sin acudir ante la Tesorería de la Federación, esto es; muchas de las veces los Organismos suelen confundirse y acuden ante la Tesorería de la Federación para hacer efectivas las fianzas, este Organismo hace efectiva la fianza pero no dirige lo recuperado a la Institución de origen, por consiguiente estas cantidades deberían recuperarse mediante juicio especial de fianzas.

En el artículo 95 Bis, mi propuesta es que debe ser claro al momento de establecer como calcularse la indemnización por mora, toda vez que puede resultar impreciso al manejar la Unidad de Inversión como obligación para su pago, esto es en razón a que nosotros como abogados interpretamos la ley y sin embargo al momento de aplicar el presente artículo muchas de las veces se declara improcedente dicho pago por los montos que se manejan, por lo tanto debería ser mas explicito o dar una regla especial para su cálculo o ejemplificar este precepto legal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato de fianza se regula desde tiempos remotos y se consideraba uno de los contratos más importantes a pesar de que siempre ha sido de carácter accesorio.

SEGUNDA.- El contrato de fianza se consideraba como una garantía eficaz y el cual tenía que cumplirse por el respeto que le atribuían los contratantes.

TERCERA.- Desde la época independiente en México se hablaba de beneficios para el fiador, en virtud de la realidad económica, política y cultural que se vivía respecto a la regulación en este tipo de contrato.

CUARTA.- El contrato de fianza en el sistema administrativo tuvo auge en 1942, en donde se consideraba que las operaciones practicadas por las instituciones de fianzas se consideraban mercantiles para ambas partes.

QUINTA.- En las fianzas que se otorgaban a favor del Gobierno Federal Estatal o Municipal, se tenía la confusión sobre su cobro ya que podían interpretarse como fianzas mercantiles, pero su procedimiento era administrativo.

SEXTA.- Las formas de organización de la Administración Pública se dividen en centralizados, desconcentrados y descentralizados, los cuales son encargados de la actividad o función administrativa del Estado.

SÉPTIMA.- El contrato de Fianza es una garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, es una garantía personal mediante la cual un sujeto determinado asume el compromiso de cumplir una obligación ajena para el caso de incumplimiento del obligado principal.

OCTAVA.- El Servicio Postal Mexicano, es un Organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica propia y se rige para cualquier contratación de conformidad a la Ley de Adquisición, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las mismas.

NOVENA.- Para la adjudicación de un contrato el adjudicatario se deberá someter a un procedimiento administrativo esto es debe ser llamado a través de una licitación pública ya sea nacional o internacional, invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa.

DÉCIMA.- Las contrataciones que haga el Servicio Postal Mexicano, siempre deberán quedar garantizados con el contrato de fianza, que deberá expedirse a favor del Organismo.

DÉCIMA PRIMERA.- En el Organismo Descentralizado Sepomex, toda contratación debe ser garantizada con una póliza de fianza que va desde un 10, 20 y 30 % de la cantidad total resultante de dicho contrato.

DÉCIMA SEGUNDA.- Cuando el fiado incumple con la obligación principal, el beneficiario tiene el derecho de exigir se haga efectiva la fianza, para hacerla efectiva se debe acudir a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

DÉCIMA TERCERA.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas regula a las Instituciones Afianzadoras y regula el procedimiento para que se haga efectiva las fianzas en sus artículos 93, 94 y 95 Bis.

DÉCIMA CUARTA.- Las instituciones de Fianzas suelen tener ventaja desde que se presenta reclamación ante ellas, toda vez que desde este momento conocen las pruebas y argumentos para poder resolver como si fuesen autoridad.

DÉCIMA QUINTA.- Las instituciones de fianzas de conformidad con el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no gozan con el beneficio de orden y exclusión, por lo tanto las mismas son responsables de las obligaciones que pacten sus fiados.

DÉCIMA SEXTA.- La Ley federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 120 no precisa claramente los términos de prescripción y caducidad por lo tanto es una excepción que da ventaja a las Afianzadoras.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Desde el procedimiento Administrativo de rescisión de contrato, se debe fundar y motivar correctamente para que éste sirva como fuente de obligaciones para hacer efectiva una fianza a favor del Servicio Postal Mexicano.

DÉCIMA OCTAVA.- Se debe educar jurídicamente a los litigantes en general para que se conozca sobre el juicio especial de fianzas, sobre las etapas procesales y sus términos.

DÉCIMA NOVENA.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debe reformarse ampliando su terminología jurídica, regulando las relaciones jurídicas contractuales con imparcialidad. En las reformas dentro de esta Ley se deben suprimir los preceptos legales que dan ventaja a las Instituciones de Fianzas.

VIGÉSIMA.- Una solución para un eficaz cobro sería que las pólizas de fianzas trajeran aparejada ejecución, con la finalidad de ahorrarnos un juicio prolongado y fatigoso, aparte de economía procesal, evitaríamos detrimento para ambas partes que son los beneficiarios en este caso el Servicio Postal Mexicano como las Instituciones de Fianzas.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo, 3ª Ed. Porrúa, México, 1998, p.p. 258.

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, 17 ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p.p. 745.

BAILON VALDOVINOS, Rosario, Derecho Civil, 2ª Ed. México, Pac, 1999, p.p. 279.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, Derecho Civil, 2ª Ed. México, Harla, 1995, p.p. 426.

BARRERA GRAF, Jorge, Derecho Mercantil, 3ª Ed. México, UNAM, 1991, p.p. 121.

BETANCOURT, Fernando. Derecho Romano, 2ª Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, p.p. 684.

BOURJOL, Maurice, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Paris, 1972, p.p. 754.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, 4ª Ed. México, Herrera, 1982, p.p. 588.

DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo. Buenos Aires, OMEBA, 1999, p.p. 658.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 42ª Ed. México, Porrúa, 2002, p.p. 534.

FERNÁNDEZ, RUIZ Jorge, Derecho Administrativo, 4ª Ed. México, Macgraw-Hill, 1997, p.p. 177.

GALINDO. GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, 4ª Ed. México, Porrúa, 1973, p.p. 535.

GARRIDO FORTUNATO, Roque, Contratos Civiles y Comerciales, T. II, 2ª. Ed., Editorial Universal, Buenos Aires, 1998, p.p. 785.

GARRIGUES, Joaquín, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Madrid, 1952, p.p. 726.

GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, t 2, 5ª. Ed., Editorial Harla, Argentina, 2002, p.p. 345

GÓMEZ. ARIZMENDI Enrique, Derecho Mercantil, 3ª Ed. México Universidad Autonoma de México, 1994, p.p. 194.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, 7ª Ed. Barcelona, Arifi, 1982, p.p. 774.

JUSTINIANO, Instituciones, por M Ortolan (ed. Bilingue), Editorial Bibliografía Omeba, Argentina, 1964.

LEMUS GARCÍA, Raúl, Derecho Romano, 4ª Ed. México, Limusa, 1979, p.p. 309.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo, 2ª. Ed., Editorial Harla, 1994, p.p. 327.

MOLINA BELLO, Manuel, La fianza. Cómo garantizar sus operaciones con terceros, Editorial Mc Graw Hill, México, 1994, pág. 428.

MONTAÑO, Agustín, Manual de Administración Municipal, Editorial Trillas, México, 1987, p.p. 79.

QUINTANA, Adriano Elvia A. Derecho Mercantil, 2ª. Ed. México, UNAM -Macgraw-Hill, 1997, p.p. 112.

PADILLA, Sahagún Gumesindo, Derecho Romano, México, Macgraw-Hill, 1996, p.p. 161.

PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1961, p.p. 458.

PLANIOL, Marcelo, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Editorial Cultural S.A., La Habana Cuba, 1954, p.p. 678.

ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil. Contratos, T III. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 489.

RUIZ RUEDA, Luis, Fianza de Empresa, estudios jurídicos, Editorial Fianzas México, S.A. México, 1985, p.p. 145.

SÁNCHEZ, Román, Estudios de Derecho Civil, t. IV, Editorial Abeledo-Perrot, Madrid, 1986, Pág. 939.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 4ª. Ed. Montevideo, 1974, p.p. 567.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, t I, 12ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1983, p.p. 487.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil

Código de Comercio

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Del Sector Público

Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionadas con las Mismas

OTRAS FUENTES

GOMÉZ BOCANEGRA, Sergio, Tesis “Algunas Consideraciones Acerca de las Instituciones de Fianzas”, Revista Mexicana de Fianzas, Tomo 7, México, 1971, Pág.1.

http://WWWSepomex.gob.mx/nosotros/Vision/mision_vision.htm