



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO PRIMERO PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAFAEL MARTÍNEZ MARCIAL

Asesor:

Lic. IGNACIO MEJÍA GUIZAR

Director del seminario:

Lic. EDMUNDO ELÍAS MUSI



MÉXICO, D.F.

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.

DEDICATORIAS

A DIOS:

Por darme los maravillosos Padres, Hermanos y Familia que tengo.

Por permitirme realizar un sueño y alcanzar una meta.

A MIS PADRES:

Por su amor, su comprensión, su confianza, su apoyo incondicional y por darme la oportunidad de disfrutar la vida.

Agradeciéndoles todo lo que han hecho por mi, para que pueda alcanzar mis sueños.

A MI MADRE:

Por su amor infinito, por creer en mi, por entenderme en los momentos difíciles y por indicarme que con esfuerzo y dedicación todo se puede lograr.

A MI ASESOR:

Por hacerme partícipe de sus conocimientos.

A MIS PROFESORES:

Que participaron en mi formación profesional brindándome su experiencia y conocimiento.

RAFAEL MARTÍNEZ MARCIAL.

ÍNDICE.

	Página.
INTRODUCCIÓN.	
CAPITULO PRIMERO. DE LA FIANZA.	1.
1.- Concepto.	1.
2.- Elementos Personales.	6.
3.- Elementos Formales.	13.
Elementos Formales de Existencia.	16.
Elementos Formales de Validez.	18.
4.- Ubicación de las Fianzas dentro de los Contratos en General.	22.
5.- Clasificación de las Fianzas.	25.
5.1.- Fianzas Civiles.	25.
5.1.1. Legal.	26.
5.1.2. Judicial.	27.
5.1.3. Convencional.	27.
5.2.- Fianzas Mercantiles.	27.
5.3.- Por su Vigencia.	31.
5.3.1.- De Vigencia Determinada.	31.
5.3.1.- De Vigencia Indeterminada.	32.
5.3.1.- Por Tiempo Convenido.	32.
6.- Derechos y Obligaciones de las Partes.	33.
Prohibiciones a las Instituciones de Fianzas.	36.
Operaciones que tienen la Facultad de realizar las Instituciones de Fianzas.	41.
7.- Formas de Liberación de la Obligación Afianzadora.	54.
Cumplimiento.	55.
Caducidad.	57.
Concepto.	57.
Presupuestos de Procedencia.	59.

Termino para que opere la caducidad.	61.
Prescripción.	68.
Concepto.	68.
Presupuestos de procedencia.	70.
Termino para que opere la prescripción.	72.
Otras formas de liberación de la obligación de la institución afianzadora.	73.
Novación.	73.
Prorrogas o Esperas.	74.
Por voluntad de las partes.	75.
8.- Procedimiento de reclamación de las pólizas de fianza.	75.
Procedimiento Especial en Materia Procesal contra las Instituciones de Fianzas.	78.
Procedimiento Especial en Materia Procesal para hacer efectivo el cobro de las fianzas en Materia Penal.	80.
Procedimiento Especial en Materia Procesal contra las Instituciones de Fianzas por Obligaciones Fiscales.	82.
CAPITULO SEGUNDO. DIFERENTES RAMOS DE LAS FIANZAS MERCANTILES O DE EMPRESA.	85.
1.- Fianzas de Fidelidad.	87.
Concepto.	87.
Objeto.	88.
Tipos.	88.
2.- Judiciales.	91.
Concepto.	91.
Objeto.	91.
Tipos.	92.
3.- Administrativas.	94.
Concepto.	95.
Objeto.	95.

	Tipos.	95.
4.- De Crédito.		99.
	Concepto.	100.
	Objeto.	100.
	Tipos.	100.
5.- Fideicomisos de Garantía.		104.
	Concepto.	104.
	Objeto.	106.
	Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de Fianzas al actuar como Fiduciarias.	111.
6.- Otros Contratos Semejantes a la Fianza.		114.
	Reafianzamiento.	115.
	Coafianzamiento.	118.
	Reaseguro o Reafianzamiento Financiero.	119.

CAPITULO TERCERO. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA FIANZA EN MÉXICO. **122.**

1.- Marco Constitucional.		122.
	Ley Federal de Instituciones de Fianzas.	129.
	Código de Comercio.	130.
	Código Federal de Procedimientos Civiles.	131.
	Reforma a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de julio de 1993.	132.
	Texto actual del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.	134.
	Supremacía de la Constitución en Nuestro Derecho.	136.
	Normas Constituyentes.	137.
	Normas Constituidas.	138.
	Garantías Individuales.	138.
	Garantía de Imparcialidad.	139.

Garantía de Igualdad Jurídica.	140.
Medios de Control de la Constitución.	141.
Autocontrol de la Constitución.	141.
Medios Administrativos (Comisiones).	143.
Medios Jurisdiccionales.	144.
Juicio de Amparo.	145.
Acción de Inconstitucionalidad.	146.
Controversia Constitucional.	147.

**CAPITULO CUARTO. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO PRIMERO
PARTE FINAL DEL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE
INSTITUCIONES DE FIANZAS.**

1.- Concepto de Inconstitucionalidad.	149.
2.- Violación a la Garantía de Igualdad Jurídica.	153.
3.- Violación a la Garantía de igualdad ante la Ley.	158.

CONCLUSIONES.

166.

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE
INSTITUCIONES DE FIANZAS.**

169.

1.- Exposición de Motivos.	169.
2.- Cuadro Comparativo del Texto Vigente y Texto propuesta del párrafo primero del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.	170.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación, se elaboró con el fin de demostrar la Inconstitucionalidad del párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, concretamente para el caso de que las Instituciones de Fianzas que se obliguen por tiempo determinado en las pólizas de fianza que al efecto emitan, éstas, se liberarán de su obligación de pago por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación por incumplimiento del fiado, precisamente dentro de la vigencia de la póliza de fianza, toda vez que como se encuentra actualmente redactado el citado artículo 120 de la Ley en comento, viola la garantía de igualdad ante la Ley de las Instituciones de Fianzas, misma que se encuentra tutelada como uno de los principios fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con el objeto de demostrar la Inconstitucionalidad del párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, se realiza un estudio de la fianza, abarcando desde su definición, sus elementos personales, elementos formales, su clasificación, las obligaciones de las partes en un contrato de fianza, hasta las formas de liberación de las afianzadoras a su obligación de fiadora.

Siguiendo con el análisis de la fianza en México, en el segundo capítulo, se abarcó el estudio de los cinco diferentes ramos de fianzas que se encuentran reconocidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, incluyendo los subramos de cada uno de ellos. Asimismo, se realizó un estudio de su semejanza con otros contratos de garantía, tales como el reafianzamiento, el reaseguro financiero y el cofianzamiento.

Nuestro tercer capítulo, tiene por objeto señalar el sustento legal de la fianza en México, incluyendo desde luego, su fundamento Constitucional. De igual manera, se hace un análisis de las garantías reconocidas en nuestra Constitución, poniendo especial atención en la garantía de igualdad ante la ley y su alcance. Asimismo, se hace un análisis de los diversos medios que prevé nuestra Norma Suprema, para preservar la Constitucionalidad en nuestro país, analizando para ello, los conceptos de constitucionalidad e inconstitucionalidad, todo ello con el objeto de demostrar la Inconstitucionalidad del párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

En el cuarto capítulo, se aborda el tema central de esta investigación, y retomando los conceptos de fianza, caducidad e inconstitucionalidad, previamente analizados en los capítulos uno, dos y tres, respectivamente, llegamos al objeto de esta investigación, que es demostrar el por que se afirma la Inconstitucionalidad del párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Finalmente y como corolario a este trabajo de investigación, se señalan nuestras consideraciones personales respecto del tema central de la presente tesis. Asimismo, se exponen nuestras conclusiones y una propuesta de reforma al artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Debemos resaltar que el presente trabajo de investigación es de carácter propositivo, para cuya elaboración se utilizó el análisis y síntesis de nuestra legislación vigente, de la jurisprudencia y de la doctrina que dio sustento a este trabajo.

CAPITULO PRIMERO. DE LA FIANZA.

1.- Concepto.

En nuestro sistema jurídico existen diversos contratos de garantía, entendiendo a éstos, como aquellos contratos que sirven para garantizar por el deudor el cumplimiento de sus obligaciones frente al acreedor, cumplimiento que es garantizado por un tercero, llamado fiador.

Reciben el nombre de contratos de garantía, ello en virtud de que aseguran al acreedor el pago del crédito otorgado al deudor, ya sea con bienes propios o con los de un tercero. Su función básica además de la de asegurar el pago del crédito a favor del acreedor; es la de generar certidumbre y confianza en el deudor, en éste último para ser sujeto de crédito; mientras que en los acreedores, genera tranquilidad en el sentido de que cumplido el término o condición o en el momento en que se haga exigible el pago, éste podrá ser restituido en su favor. Se les denomina contratos o convenios en sentido estricto, ya que tienen por objeto crear o transferir derechos y obligaciones.

Al efecto el maestro Sánchez Medal, ¹nos define a los contratos de garantía como “... *aquellos que directamente sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contraten con él*”, continua sosteniendo el citado autor que dentro de los contratos de garantía existen dos clases, unos de garantía personal y otro de garantía real.

Derivado de que nuestro estudio, los contratos de garantía que importan son los de garantía personal, tenemos, que éstos, “... *tienden*

¹ Sánchez Medal Ramón, de los Contratos Civiles, Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004, pag. 444.

fundamentalmente al acreedor el cumplimiento de la obligación, mediante el establecimiento y la creación de una pluralidad de deudores, de suerte que el riesgo que corre aquél, ya es menor, porque si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás deudores. Este primer tipo de seguridad lo proporciona el contrato de fianza...'²

De las definiciones anteriores, tenemos que la función primordial de este tipo de contratos (de garantía), es la de generar certidumbre y confianza en los contratantes, tanto como para el acreedor (certeza en el pago de su crédito), como en el deudor (confianza para ser considerado sujeto de crédito), quién responderá del cumplimiento de sus obligaciones, ya sea con bienes propios o de un tercero ajeno a la relación jurídica principal llamado fiador. Efectivamente la obligación principal del fiador, es la de responder frente al acreedor por las obligaciones del deudor si éste no lo hace.

Por su parte, nuestro Código Civil, en su artículo 2794 nos define a la fianza como *“un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace”*³ como podremos observar, esta definición se refiere al contrato de fianza en general.

Como sabemos existen diversos tipos de contratos, es decir en materia civil, mercantil, laboral, etc., y que continuamente empleamos; pero en realidad poco sabemos que existen contratos también en materia de fianzas mismos que también ocupamos constantemente. Las entidades con atribuciones para emitir contratos de fianza son las sociedades creadas ya sea como Sociedades Anónimas o de Capital Fijo o Variable conformadas como afianzadoras. De lo anterior tenemos, que la actividad primordial de este tipo de instituciones, es la de garantizar una obligación contraída por el fiado, por lo que el empleo de las

² Sánchez Medal Ramón, op. cit., pp 444 y siguientes.

³ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2005, pp 209

palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía u otras que empleen ideas semejantes en cualquier idioma, sólo pueden ser empleadas por aquellas entidades que obtengan las autorizaciones respectivas. En este sentido queda prohibido al Registro Público de la Propiedad y el 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.

En nuestro sistema jurídico existen diversos tratadistas que han definido al contrato de fianza como *“... aquél por virtud del cual, una de las partes llamada fiador, se obliga ante la otra llamada acreedora al cumplimiento de una prestación determinada para el caso de que un tercero deudor de éste último no cumpla con su obligación...”*⁴ otro autor que ha definido el contrato de fianza es el maestro Sánchez Medal, sosteniendo que *“... la fianza es un contrato por el que una persona llamada fiadora distinta del deudor y del acreedor, en una determinada obligación, se obliga con éste último a pagar dicha obligación en caso de que el primero no lo haga...”*⁵ Por su parte el maestro Magallón Ibarra, nos dice *“... es un contrato accesorio, que por regla general es Unilateral, aún cuando no están excluidos los casos en que pueda convertirse en bilateral; ordinariamente en el mundo del derecho civil, es un contrato gratuito, aún cuando no esta exento de la posibilidad –particularmente en el derecho mercantil- que pueda ser oneroso; es también conmutativo en cuanto a que en el momento de la celebración están determinadas las prestaciones que les corresponden a las partes; pero su aspecto aleatorio, surge al sujetarse a un acontecimiento sobre el que no hay certidumbre. A la vez, es de tracto sucesivo y es también consensual, cuando la clasificación puede ampliarse*

⁴ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004, pag. 425.

⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, TOMO VII, Vol. II, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, pp 1150.

son el reconocimiento de las fianzas legales y judiciales...” esta definición es la que más interesa a nuestro trabajo, ello en virtud de que no se refiere única y exclusivamente a la fianza en general, sino que por su parte, añade los elementos característicos de las fianzas mercantiles.

De las anteriores definiciones podremos entender claramente la naturaleza jurídica del contrato de fianza, el cual como ya se dijo, es un contrato accesorio de un principal que tiene por objeto garantizar por el deudor, el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con el acreedor.

Sin embargo, existe también en nuestro sistema jurídico, la fianza mercantil, “... *la cual existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil...*”⁶ así como la fianza de empresa que aún y cuando la gran mayoría de los tratadistas confunden a éstas con la fianza mercantil, el maestro Sánchez Medal nos señala claramente la distinción de unas y otras “... *es una fianza de empresa... la que otorga una institución de fianzas dedicada a este tipo de negocios y con autorización o permiso y bajo el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*”⁷

Sin embargo debemos destacar, que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de conformidad con su artículo primero, la actividad de fianzas se encuentra considerada como una actividad de derecho público, así tenemos que la mencionada 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.

⁶ Sánchez Medal Ramón, op. cit., pp 460

⁷ Idem, pp 460

NOTA: El autor Sánchez Medal sostiene en su obra citada que la fianza mercantil puede a su vez ser o un contrato, o bien una simple declaración unilateral de voluntad, que es lo que ocurre en las pólizas que expiden las instituciones de fianzas.

Compete exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de fianzas, las que se registrarán por sus leyes especiales y, a falta de estas o cuando en ellas no este previsto, por lo que estatuye la presente Ley Federal de Instituciones de Fianzas que establece expresamente 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.

Ahora bien, tenemos que contrariamente a lo que refiere el maestro Sánchez Medal, respecto a la distinción que hace de las fianzas de empresa y las fianzas mercantiles, la ley de la materia, en su artículo segundo, establece que 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.

De las consideraciones vertidas por la ley de la materia, tenemos que la misma define a la fianza de empresa como una fianza mercantil, por lo que la distinción hecha por el maestro Sánchez Medal, únicamente es para efectos didácticos, por lo que atendiendo a la praxis jurídica, en adelante nos referiremos a la fianza mercantil y a la fianza de empresa de manera indistinta, sin olvidar la célebre distinción que nos hace el referido tratadista.

Así tenemos, que el contrato que interesa a nuestro trabajo de investigación es la fianza de empresa, por lo que sí tomamos como referencia las características de las fianzas en general, podríamos decir, que la fianza de empresa, es aquella por virtud de la cual, una institución de fianzas legalmente autorizada para tal efecto, se convierte en fiadora del deudor para responder

por éste en el cumplimiento de sus obligaciones frente al acreedor, si aquél no lo hace, obligación que se encuentra documentada en un instrumento denominado póliza de fianza. El contrato solicitud o contrato de fianza es un instrumento jurídico cuya finalidad es regular las relaciones del fiado y de sus obligados solidarios frente a la institución afianzadora. Por medio de este contrato se compromete el patrimonio del fiado y de sus obligados solidarios, para cumplir con el artículo 19 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que señala que toda fianza debe tener suficientemente garantizada su recuperación.

2.- Elementos personales.

Para continuar con el análisis de los contratos de fianza, debemos atender a sus elementos sin los cuales no puede existir, mismos que de acuerdo a la doctrina y a la legislación resulta ser una relación tripartita por regla general, es decir, existe el acreedor o también llamado beneficiario, el obligado principal o deudor también llamado fiado, y por último tenemos al fiador, aunque éste último presenta características muy especiales, ya que puede existir el contrato de fianza sin el consentimiento del fiador, y se formaliza dicho contrato, cuando éste último manifiesta su voluntad fiadora por cualquiera de las formas establecidas por la ley.

Como ya se dijo, los elementos personales de los contratos de fianza, son esencialmente tres, y son a saber los siguientes:

a) Acreedor o beneficiario. Es aquella persona, ya sea física o moral, que confiere un crédito a favor del deudor, y ante quién se garantiza el cumplimiento de la obligación del fiado, es decir; es la persona a favor de quién se expide la garantía, y ya puede ser física o moral, de carácter público o privado.

b) Deudor, obligado principal o fiado. Es aquella persona ya sea física o moral que contrae una obligación presente o futura para con otra llamada acreedora, misma que puede consistir en un dar o hacer, a este elemento personal también suele llamársele fiado. Se le llama también el obligado principal, ya que él es quién ha adquirido la obligación principal, y por la cual, el fiador se responsabiliza de cumplir la obligación garantizada, si éste no cumpliere.

c) Solicitante. No debemos pasar desapercibido el hecho de que en la fianza, previamente a que se realice el contrato, debe existir la voluntad de una parte, que tenga por objeto contratar los servicios de un fiador, a esta persona se le denomina solicitante. En el caso de las fianzas de empresa, es la persona que requiere de la expedición de una fianza y por ello se obliga a pagar una prima (costos de expedición de la fianza).

d) Fiador. Es aquella persona, ya sea física o moral que se obliga para con el acreedor a cumplir las obligaciones del deudor, si éste no lo hace. En el caso de las fianzas de empresa, la institución afianzadora, se compromete a garantizar el cumplimiento de obligaciones lícitas y posibles, contraídas por personas físicas o morales (deudor o fiado) ante un tercero llamado beneficiario, mediante la expedición de una póliza de fianza, previo el pago de una prima por gastos de expedición.

Como ya se dijo, éstos tres elementos personales son necesarios para que pueda hablarse de un contrato de fianza puro; sin embargo, con el devenir histórico y debido a los constantes cambios sociales y económicos principalmente, en nuestro sistema jurídico éste tipo de garantía ha cobrado demasiado auge y precisamente gracias a ese auge y a la naturaleza garante

de la fianza, es que se ha venido recurriendo a otra figura derivada del citado contrato.

A éste nuevo elemento se le ha denominado *obligado solidario o cofiador*, el cual al igual que el fiador responde ya sea solidaria o mancomunadamente de las obligaciones que el deudor haya de dar o cumplir frente al acreedor; por lo que podríamos decir que el cofiador se asemeja al fiador principal en el deber de garantizar las obligaciones del fiador.

Se sostiene que el cofiador, responde solidariamente de las obligaciones del deudor, ya que su función primordial al igual que el fiador, es la de garantizar por el fiado el cumplimiento de sus obligaciones, y responde solidariamente ya que el acreedor podrá exigir tanto a él como al fiador principal el cumplimiento de la obligación contraída por el fiado, en caso de que éste incumpla (a esta figura el Código Civil la define como solidaridad pasiva),⁸ mientras que por otro lado, se dice que el cofiador responde mancomunadamente cuando el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas parte como acreedores haya y cada parte o crédito constituye una deuda o un crédito distinto uno de otro.⁹

Respecto a esta figura del cofiador, el Código Civil nos dice que “... cuando son dos o mas fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer”¹⁰

Como se puede observar claramente, la figura del cofiador resulta tener características especiales en cuanto al cumplimiento de la obligación garantizada, pues a manera de ejemplo, nuestro código sustantivo dice que en

⁸ Artículo 1987, Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2005, pp 158.

⁹ Artículo 1985 ídem, pp 158.

¹⁰ Artículo 2837, ídem, pp 211.

caso de que alguno de los cofiadores resultare insolvente y la obligación garantizada se hiciera exigible, la parte del cofiador que cayere en insolvencia, recaerá sobre todos lo demás en la misma proporción para cada uno de ellos¹¹

Respecto a este tema, el artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos refiere que “... *hay cuando dos o mas instituciones de fianzas del país, otorgan fianzas ante un beneficiario garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado...*”¹²

Asimismo en el artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos remite a la figura del reafianzamiento, nombre que reciben las operaciones que realiza una empresa a favor de otra empresa legalmente facultada para ello. Esto es, el precepto legal referido, nos dice que “... *el reafianzamiento es el contrato por el cual una institución de fianzas, de seguro o de reaseguro, debidamente facultada conforme a esta ley, o reafianzadoras extranjeras registradas de acuerdo con el artículo 34 de la misma, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que éste deba cubrir al beneficiario de su fianza...*”¹³ en efecto, en

¹¹ Artículo 2837 párrafo segundo, íbidem.

NOTA: El citado precepto legal establece dos requisitos esenciales para que pueda actualizarse lo dispuesto en este mismo Artículo, el primero de ellos es, es que se haya hecho el pago en virtud de una demanda judicial; y el segundo supuesto, es que deudor principal se halle en concurso. Aún y cuando no manifiesta textualmente a que tipo de concurso se refiere, diremos que es al concurso civil, es decir, aquél en que por naturaleza jurídica no realiza una persona dedicada al comercio. Es decir, su obligación de pago deriva de una operación de naturaleza civil mas no de un acto meramente mercantil.

¹² Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Diciembre de 1950.

¹³ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Idem.

NOTA: El mismo Artículo 114 de la referida ley de la materia añade entre otras cosas, que en caso de reafianzamiento, cada institución participante será responsable ante la fiadora cedente por una cantidad proporcional a la responsabilidad que haya asumido y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva. Del mismo modo, detalla los derechos y obligaciones tanto de las reafianzadoras como de las reafianzadas, concatenados con el Artículo 115 de la citada ley.

esta figura jurídica, el reafianzador, únicamente será responsable en la misma proporción en que se haya obligado, por lo que nunca se le podrá exigir responsabilidad mayor a la que se obligo para con el fiador principal.

Algo que debemos destacar y no debemos olvidar por ningún motivo, es que en este tipo de cofianzamiento (de empresa), no existe la figura de la solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones cofianzadoras y en proporción de sus respectivos montos de garantía.

De todo lo anterior, tenemos que en tratándose de fianzas de empresa, el la sociedad cofianzadora deberá responder única y exclusivamente en la proporción de la obligación que garantizó, sin menoscabo del derecho del beneficiario de la póliza de exigir el exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones cofianzadoras, por lo que no existe la figura de la solidaridad pasiva.

Asimismo, toda vez que el objeto principal de este trabajo de investigación es el estudio de la fianza de empresa, en el procedimiento de expedición de las pólizas de fianzas por éste tipo de instituciones, también podemos encontrar como elemento personal al *agente de fianzas*. A este elemento, se le puede definir como aquella persona ya sea física o moral, que cuenta con capacidad de goce plena reconocida por la institución de fianzas cuya función principal, es la intermediación en el afianzamiento, cuyo premio a su favor, es el cobro de una comisión por dicha intermediación entre el fiado y la institución de fianzas.

Hechas las precisiones anteriores, tendremos que hacer una distinción entre la institución de la fianza y otras figuras afines, que aún y cuando su

naturaleza jurídica es la de garantizar una obligación a cargo de un tercero, tienen características especiales que la diferencian de la fianza pura y simple, y éstas pueden ser: el reafianzamiento, el reaseguro financiero y el cofianzamiento. En seguida nos referiremos a cada una de ellas.

DEFINICIÓN DE REAFIANZAMIENTO.

El reafianzamiento es el contrato por el cual una Institución de Fianzas, de Seguros o de Reaseguro debidamente facultada conforme a esta ley, o Reafianzadoras Extranjeras registradas de acuerdo con el artículo 34 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que esta deba cubrir al beneficio de su fianza.

En los casos de reafianzamiento, cada institución participante será responsable ante la fiadora cedente por una cantidad proporcional a la responsabilidad que haya asumido y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva. El pago de la prima por concepto de reafianzamiento será proporcional a la cantidad que haya sido cedida. Las Reafianzadoras tendrán derecho al reembolso de las cantidades cubiertas a la reafianzada en la misma medida en que esta obtenga la recuperación de lo pagado al beneficiario de la fianza, por parte de su fiado y demás obligados. La fiadora directa está obligada a obtener el consentimiento previo de sus Reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su vigencia y cualquier otra característica así como todo lo relacionado con la reclamación de las pólizas y las negociaciones que al efecto se lleven a cabo con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores. Deberá informar oportunamente a las Reafianzadoras, acerca de cualquier circunstancia que conozca en relación con la obligación garantizada y las garantías de recuperación ofrecidas.

DEFINICIÓN DE REASEGURO FINANCIERO.

Por reaseguro financiero se entiende el contrato en virtud del cual una empresa de fianzas, en los términos del artículo anterior, realiza una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, pactando como parte de la operación la posibilidad de recibir financiamiento del reasegurador o reafianzador.

La institución que reafiance estará obligada, en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada, con objeto de que esta cumpla sus obligaciones como fiadora. La falta de provisión oportuna hará responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la reafianzada.

DEFINICIÓN DE COAFIANZAMIENTO.

Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un beneficio, garantizado por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado. En el coafianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía. Las instituciones de fianzas solo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Por otra parte, aún cuando no puede considerarse como un elemento personal del contrato de fianza de empresa, tenemos que en el praxis jurídica,

se ha considerado a la autoridad como un elemento de éste tipo de contratos. Nos referimos a la *Comisión Nacional de Seguros y Fianzas*, ésta es la autoridad que inspecciona y vigila el otorgamiento de fianzas y que las comisiones mercantiles percibidas por los agentes de fianzas, se realicen de acuerdo con los lineamientos emitidos tanto por ella, como por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ésta última, como la autoridad encargada de proporcionar la autorización a empresas que se constituyan como sociedades anónimas, ya sea de capital fijo o capital variable, para que puedan operar como instituciones afianzadoras en el país, o en su caso como instituciones de reaseguro financiero o como reafianzadoras.

3.- Elementos Formales.

El contrato de fianza es un contrato formal, que por consecuencia requiere para ser válido a la vida jurídica de ciertas formalidades en su celebración. Para mayor claridad, debemos atender a la teoría civilista de los contratos, la cual dice dentro de la clasificación de los contratos en general, que éstos se dividen en consensuales o formales.

Debemos entender por contratos consensuales, aquellos que no requieren de una cierta formalidad para ser válidos, sino que basta con que se exprese la voluntad de las partes para que se consideren totalmente válidos y llegado el momento pueden hacerse exigibles. Vg. El contrato de transporte que celebran los usuarios del servicio público de transporte de pasajeros, el cual se formaliza con el simple hecho de abordar una unidad de transporte y pagar el precio estimado para la prestación del servicio. Como se verá, este contrato ejemplificativo y clásico de la doctrina jurídica, es un contrato que no requirió ninguna formalidad establecida por la ley para que se considerara totalmente válido, sino que bastó con la simple expresión de la voluntad de ambas partes, de parte del prestador de servicio, al haber recibido el importe

del precio por dicho servicio, y en el caso del usuario al haber pagado el importe establecido para hacer uso de ese servicio.

Por otra parte debemos entender que los contratos formales, son aquellos que para ser válidos jurídicamente, la ley exige una forma necesaria para su validez, es decir; la voluntad de las partes para contratar debe exteriorizarse en la forma y términos exigidos por la ley para su validez, sin que la falta de dicha los pueda afectar en cuanto a su existencia.

En nuestro sistema jurídico, el maestro Bejarano Sánchez,¹⁴ nos señala que *“... hay actos y contratos a los que el legislador designo una forma necesaria para su validez. En ellos la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues de lo contrario el acto podía ser anulado. En los contratos formales, la falta de forma legal no impide la existencia del acto, pero si lo afecta en su eficacia...”*. E efecto, en los contratos formales, la falta de observancia de las formalidades exigidas por la ley, no impide que los contratos nazcan a la vida jurídica y puedan surtir sus efectos; sin embargo, dicho acto jurídico, al faltarle un elemento de validez, puede ser atacado de nulidad, ya sea relativa, ya sea absoluta.

Dado que nuestro trabajo, no trata de hacer un análisis total sobre la teoría de las nulidades, ya que ello es muy ampliamente estudiado por los autores de derecho civil, aunado a que dada su naturaleza jurídica y a la

¹⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, Op. Cit, pp 36 y 37

NOTA: Sobre la teoría de las nulidades, el maestro Rojina Villegas Rafael, en su obra Compendio de Derecho Civil I, denominado Introducción, Personas y Familia, 35ª Edición concordada por la legislación vigente por la Lic. Rojina García Adriana, editorial Porrúa, S.A. de C.V.México, 2005, pp 115 y siguientes, hace un estudio completo sobre la teoría de las nulidades, definiendo a la validez como *“... la existencia perfecta del acto, por reunir éste sus elementos sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo...”* continua señalando el procesalista citado, que *“... Cuando no se cumple con el primer elemento, es decir, hay ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, se presenta generalmente la nulidad absoluta, pero puede ser relativa por disposición de la ley. Cuando no se observan los otros tres requisitos, formalidad, existencia de vicios y capacidad, existe una nulidad relativa en el acto...”*

complejidad y extensidad en su materia, resultaría imposible de analizarla en este capitulado, por lo que para su estudio completo se remite al lector a la consulta de las obras especializadas para tal efecto.

Mas sin embargo, debemos resaltar la diferencia entre formalidad y solemnidad de los contratos, entendiendo por aquélla, la falta de forma establecida en la ley para su celebración, hecho que no impide que nazca a la vida jurídica y que pueda surtir sus efectos hasta en tanto no sea atacado de nulidad, como ya se dijo, ya sea relativa o absoluta; mientras que se entiende por solemnidad, a todo acto jurídico que forzosamente debe revestir una solemnidad exigida por la ley, la cual de no observarse, no producirá su nulidad relativa ni absoluta, sino que el acto celebrado en contravención a la formalidad exigida por la ley es inexistente.

Abundando en la formalidad del contrato de fianza, el artículo 1823 del Código Civil, establece que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras éste no revista esa forma no será válido salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes consta fehacientemente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal. A esta facultad de exigir que se de al contrato la formalidad exigida por la ley, la doctrina la ha denominado como *acción pro forma*.

Luego entonces, tenemos que en los contratos de fianzas de empresa, si éstos no constan en los documentos expedidos por la institución de fianzas legalmente autorizada y que cumpla con los lineamientos emitidos tanto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y publicadas en el Diario Oficial de la Federación, dicha institución de fianzas no podrá asumir obligaciones como fiadora, por lo que en consecuencia, dicho documento es un requisito *sine qua non* para que se

pueda obligar coactivamente a las afianzadoras al cumplimiento de la obligación garantizada

3.1 Elementos de Existencia.

Siguiendo la teoría civilista de los contratos, tenemos que éstos tienen dos elementos esenciales para que nazcan a la vida jurídica, los cuales son a saber, los siguientes:

- a). Elementos de existencia y;
- b). Elementos de validez.

Dentro de los elementos de existencia tenemos que éstos son de acuerdo a lo establecido en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal¹⁵: *i) el consentimiento y ii) el objeto que pueda ser materia del contrato. Respecto a éstos elementos, el maestro Rojina Villegas¹⁶ refiere lo siguiente: "... Todo acto implica una manifestación de voluntad. Este elemento psicológico, es constitutivo del acto, imprescindible. Sin manifestación de voluntad, expresa o tácita no puede haber acto jurídico; pero no cualquier manifestación de voluntad, sino aquella que se propone un objeto jurídico. Y aquí tenemos el segundo elemento esencial del acto..."* Efectivamente en los contratos el consentimiento es la manifestación externa de la voluntad de las partes para contratar en cualquiera de sus dos forma, ya sea expresa o tácitamente, es decir; para asumir derechos u obligaciones, por lo que si no se exterioriza dicha voluntad, el contrato carecerá de un elemento esencial y por lo tanto no podrá existir a la vida jurídica, por ende, jamás podrá generar derechos ni mucho menos obligaciones para las partes.

¹⁵ Código Civil para el Distrito Federal, op cit.

¹⁶ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, op cit, pp 127

Este consentimiento podrá, manifestarse de dos formas, como ya se dijo, la primera de ellas es de forma expresa y la segunda es tácitamente; entendiéndose por la primera de ellas como aquél que se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos que hagan presuponer la voluntad de la persona; mientras que el consentimiento será tácito; cuando resulta de hechos o actos que presupongan o que autoricen a presumirlo, excepción hecha en aquellos casos en que por voluntad de las partes o por disposición expresa de la ley deba manifestarse expresamente.

El segundo de los elementos de existencia es el objeto del contrato. En los contratos en general, el objeto es la cosa que el obligado o deudor debe dar o el hecho que debe hacer o abstenerse de hacer; sin embargo, el objeto en los contratos debe de cumplir con ciertos requisitos para que pueda nacer a la vida jurídica y por ende generar derechos y obligaciones para los contratantes. Dentro de éstas características que mencionamos líneas arriba tenemos que son tres, *i)* existir en la naturaleza; *ii)* ser y que sea susceptible de comercio; y, *iii)* ser determinada o determinable en cuanto a su especie, pues de lo contrario, o a falta de uno de los tres requisitos mencionados anteriormente no podrá surtir efecto alguno. Asimismo, tenemos que el objeto no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; por lo que su inexistencia puede ser invocado por cualquier persona que tenga interés jurídico en la subsistencia o insubsistencia del contrato. Éstos elementos se encuentran regulados en los artículos 1824, 1825 y 2224 del Código Civil.¹⁷ El maestro Rojina Villegas, refiere sobre este tema lo siguiente, *“...El objeto jurídico consistirá, dentro de una clasificación lógica posible, en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, o en otras palabras, en producir consecuencias de derecho. No podrá concebirse el acto jurídico faltando el elemento intencional, subjetivo, psicológico, de externar, de exteriorizar una voluntad, o bien el elemento objetivo: que aquélla voluntad*

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit.

*tenga como fin, como propósito, como objeto, producir consecuencias de derecho...*¹⁸

b) Elementos de validez.

Se sostiene que otro de los requisitos esenciales de los contratos, son aquellos que puedan afectar a su validez, es decir; aquellos que son necesarios para que el contrato pueda surtir plenamente sus efectos. Éstos elementos de validez son a saber: *i)* la capacidad legal de las partes o de una de ellas; *ii)* la ausencia de los vicios en el consentimiento; *iii)* la licitud en el objeto, motivo, fin o condición de los contratos; y *iv)* la formalidad en la expresión de la voluntad de los contratantes.

Nuestra legislación Civil, refiere a éstos elementos de validez, como causas para invalidar un contrato. En virtud de que la teoría de la nulidad del hecho y del acto jurídico, es muy amplia y máxime que no es el tema central de estudio de este trabajo, únicamente nos limitaremos a señalar someramente las causas por las que un contrato puede ser afectado de nulidad, ya sea relativa, ya sea absoluta.

i). Respecto a la capacidad, ésta puede ser de goce o de ejercicio, la primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; mientras que la capacidad de ejercicio; es la aptitud que todo ser tiene para ejercer sus derechos, cumplir sus obligaciones, o para celebrar todo tipo de actos jurídicos.

ii). El segundo de los requisitos de validez es la ausencia de vicios en el consentimiento, ésta se manifiesta, por error, dolo, violencia o mala fe en la

¹⁸ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit, pp 127.

obtención del consentimiento. El tratadista Rojina Villegas¹⁹ señala respecto a éste tema lo siguiente: *“... Al lado de éstos elementos esenciales del acto jurídico, manifestación de y objeto, tenemos elementos de validez del acto, que le vienen a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe, pero de manera imperfecta: es un acto nulo, pues la nulidad es la existencia imperfecta de los actos jurídicos. Hecha ésta breve mención de los elementos esenciales y de validez de todo acto jurídico, podemos sostener, que en tanto que la validez es la existencia perfecta del acto, nulidad es la existencia imperfecta del acto, y que todo acto nulo es un acto existente; que habrá, por consiguiente, una condición, no simplemente de derecho positivo, sino de tipo lógico, en quién afirme que un acto es a la vez inexistente y nulo, porque quién afirme que el acto es nulo, esta diciendo en otras palabras que es un acto existente, pero que tiene una existencia imperfecta. Los actos nulos, por consiguiente, son actos existentes...”* y continúa sosteniendo el citado tratadista que por error se entiende como *“... una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad, vicia a ésta o al consentimiento por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar, o extinguir derechos u obligaciones”*²⁰ y distingue tres clases de error, a) de hecho, b) de derecho y c) de cálculo. Por otra parte Planiol nos define al dolo de la siguiente manera *“Definición.- Se llama `dolo´ todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico. Por el momento, puede bastar la anterior definición; los hechos constitutivos del dolo serán estudiados con más amplitud a propósito de los contratos. V. El t. II (Planiol, T. I, pág. 156)”*²¹ continúa el maestro Rojina Villegas señalándonos sobre la mala

¹⁹ Rojina Villegas Rafael, Op. Cit, pp 127

²⁰ Rojina Villegas Rafael, Idem, pp 139 y 140.

²¹ Obra citada por el maestro Rojina Villegas Rafael, en su obra Compendio de Derecho Civil I, denominado Introducción, Personas y Familia, 35ª Edición concordada por la legislación vigente por la Lic. Rojina García Adriana, editorial Porrúa, México, 2005, pág.144.

fe lo siguiente: “... Además del error existe la mala fe, que en el derecho se equipara al dolo, ésta es la disminución de error por parte de un contratante, una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo ésta falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el error, simplemente el contratante se aprovecha del que advierte en la otra parte, y ésta actitud pasiva para aprovecharse del error de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equipara al dolo, por cuanto que también origina la nulidad del contrato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad”²² y por violencia nos la define de dos tipos, a saber “... L violencia puede ser física o moral. Existe violencia física cuando por medio del dolo, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá, cuando por la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza, se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima. La violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado...”²³ Por su parte nuestra legislación civil regula éstos vicios del consentimiento en los artículos 1813 que se refiere al error; 1815 referente al dolo; 1818 y 1819 refieren la violencia; y 1816 mala fe.

iii). El tercero de los elementos de validez, es la licitud en el objeto, motivo, fin o condición de los contratos, entendiendo por éste, como aquella

²² Rojina Villegas, Rafael, ídem, pp. 145 y 146.

NOTA: El referido tratadista Rojina Villegas, en la página 146 de su citada obra, no diferencia el dolo de la mala en los siguientes términos: “Es decir; el dolo es activo, implica maquinaciones o artificios para inducir a error. La mala fe es pasiva; simplemente se aprovecha un contratante del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte esa circunstancia, con la dañada intención de aprovecharse de ella.”

²³ Idem, Pág. 147.

aptitud de los contratantes para obligarse en una relación jurídica, que no sea contraria a derecho, pues de lo contrario, dicho acto estará viciado de nulidad. Máxime que el mismo deberá además de lícito, no deberá ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres y ser posible, pues si no se caería en el supuesto jurídico de que *NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE*. Ésta causa de nulidad está regulada en nuestra legislación civil en sus artículos 1824 al 1831.

iv). El cuarto requisito de validez, es la formalidad. Ésta se actualiza cuando el objeto de la relación jurídica, requiere de una cierta formalidad establecida por la ley para su celebración, pues de no observarse dicha formalidad, el acto será nulo. Debemos entender que los contratos formales, son aquellos que para ser válidos jurídicamente, la ley exige una forma necesaria para su validez, es decir; la voluntad de las partes para contratar debe exteriorizarse en la forma y términos exigidos por la ley para su validez, sin que la falta de dicha los pueda afectar en cuanto a su existencia.

En nuestro sistema jurídico, el maestro Bejarano Sánchez,²⁴ nos señala que *“... hay actos y contratos a los que el legislador designo una forma necesaria para su validez. En ellos la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues de lo contrario el acto podría ser anulado. En los contratos formales, la falta de forma legal no impide la existencia del acto, pero si lo afecta en su eficacia...”*. E efecto, en los contratos formales, la falta de observancia de las formalidades exigidas por la ley, no impide que los contratos nazcan a la vida jurídica y puedan surtir sus efectos; sin embargo, dicho acto jurídico, al faltarle un elemento de validez, puede ser atacado de nulidad, ya sea relativa, ya sea absoluta.

²⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 5ª edición, Editorial Oxford University Press, UNAM. pp 36 y 37.

4.- Ubicación de las fianzas dentro de los contratos en general.

En este capítulo, nuestro objetivo primordial será el de ubicar a las fianzas de empresa dentro de la clasificación general de los contratos, para ello nos auxiliaremos en la teoría civilista de la clasificación de los contratos.

El contrato de fianza de empresa, como ya se dijo líneas arriba, el maestro Sánchez Medal nos señala que “... es una fianza de empresa... la que otorga una institución de fianzas dedicada a este tipo de negocios y con autorización o permiso y bajo el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”²⁵ Así tenemos, que el contrato que interesa a nuestro trabajo de investigación es la fianza de empresa, por lo que sí tomamos como referencia las características de las fianzas en general, podríamos decir, que la fianza de empresa, es aquella por virtud de la cual, una institución de fianzas legalmente autorizada para tal efecto, se convierte en fiadora del deudor para responder por éste en el cumplimiento de sus obligaciones frente al acreedor, si aquél no lo hace, obligación que se encuentra documentada en un instrumento denominado póliza de fianza.

i). TÍPICO O NOMINATIVO. Este contrato se considera típico o nominativo, ello en virtud de que en nuestro derecho tiene una nominación y una ley especial que regula su función, desde la autorización de la institución fiadora para constituirse como tal, hasta los motivos de solicitud, suscripción, emisión, cancelación, reclamación y en general toda norma procesal para su correcta regulación, apoyándose supletoriamente en la legislación Mercantil y a falta de ésta, en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

ii). DE GARANTÍA. Se considera que el contrato de fianza de empresa es de garantía, ya que dada su naturaleza jurídica, tiene por objeto el que una

²⁵ Sánchez Medal, Ramón, pp 460

institución de fianzas legalmente autorizada para tal efecto, se convierte en fiadora del deudor para responder por éste en el cumplimiento de sus obligaciones frente al acreedor, si aquél no lo hace, obligación que se encuentra documentada en un instrumento denominado póliza de fianza.

iii). ACCESORIO. Es accesorio, ya que depende para su emisión de una obligación principal, sin la cual no puede existir el contrato de fianza. En efecto, toda vez que es un contrato que sirve para garantizar las obligaciones del deudor para con el acreedor, si previamente no existe un contrato principal que garantizar, no puede por simple lógica jurídica, existir el contrato de fianza en general, ni mucho menos el de empresa, pues al no haber obligación que garantizar, no se puede celebrar el contrato de fianza. Derivado de lo anterior, en este tipo de contratos se aplica la máxima jurídica que reza de la siguiente manera *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, luego entonces, si el contrato principal, en determinado momento llegare a resultar, nulo, inexistente o ineficaz, el contrato de fianza seguirá la suerte aquél.

iv). ES ONEROSO. Ello en virtud de que para ser suscrito, se requiere de una contraprestación por parte del deudor a favor y exigida por parte de la institución afianzadora, para que ésta pueda constituirse en fiadora y hacer frente a las obligaciones de aquél. La contraprestación exigida por la institución de fianzas que se erigirá como fiado del deudor, es el premio que aquella recibe con motivo y como fin primordial de su actividad económica.

v). ES BILATERAL. Ya que solamente genera obligaciones para una de las partes, en éste caso, para la institución afianzadora; aunque ésta última, sólo estará obligada al cumplimiento de la obligación garantizada, hasta en tanto el fiado u obligado principal incumpla con sus obligaciones.

vi). *ES FORMAL*. Ya que para que se pueda obligar a la institución afianzadora, es menester que dicha obligación, conste por escrito en la póliza de fianza, que al efecto emiten dichas instituciones. El artículo 117 de la Ley de la materia²⁶ establece entre otras cosas que las Instituciones de Fianzas, sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen las Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. En efecto, interpretando a *contrario sensu* el contenido de este precepto legal, resulta que si la obligación afianzadora no emite sus respectivas pólizas con las indicaciones de las autoridades, en las que conste fehacientemente la obligación garantizada y sus alcances, no se podrá exigir ninguna responsabilidad a éstas instituciones afianzadoras.

A mayor abundamiento, las fianzas de empresa se otorgan por escrito, a través de las pólizas, y sólo mediante estos documentos las instituciones de fianzas asumen sus obligaciones como tales; para ello es necesario que las pólizas estén numeradas y que los documentos adicionales a las mismas, como el de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, contengan todas las indicaciones que administrativamente fijen la SHCP y la C.N.S.F. (artículo 117, LFIF). Por regla, éste tipo de pólizas cuentan con los siguientes datos de identificación: denominación, domicilio y capital social de la institución emisora, aunque no siempre se señala este último requisito debido a la confidencialidad de la información financiera de la institución, número de orden, importe de la prima, derechos pagados, plazo de vigencia, descripción de la obligación garantizada, nombre del beneficiario o

²⁶ cfr. Ley Federal de Instituciones de Fianzas

acreedor, nombre del fiado, fecha en que se expide, firma del representante de la institución o autorizado para obligar a dicha institución.²⁷

vii). *ES PERSONAL*. Esto es así ya que la obligación garantizada, implica un dar o hacer, que lo diferencia de la garantía real, la cual consiste en la entrega de una cosa para garantizar la obligación.

viii). *ES CONMUTATIVO*. Ya que las prestaciones, productos y gravámenes que derivan del contrato, son plenamente conocidos por las partes desde su celebración ya que en la póliza correspondiente se establecen los límites máximos de responsabilidad de la institución, así como los derechos y obligaciones de ambas partes, pero será aleatorio, en relación con el eventual incumplimiento del fiado.²⁸

5.- Clasificación de las fianzas.

De acuerdo a la naturaleza de las fianzas, éstas han sido clasificadas por la doctrina en:

5.1 Fianzas Civiles.

Son las que otorgan personas físicas o morales en forma accidental a favor de determinadas personas. Este tipo de fianzas se sujetarán a las disposiciones del Código Civil, siempre y cuando no se extienda en una póliza, no se anuncie públicamente, ni tampoco se empleen agentes que las ofrezcan.

²⁷ **NOTA:** Sobre éste en particular, el maestro Castrillón y Luna Víctor M en su obra intitulada Contratos Mercantiles, 2ª Edición Editorial, Porrúa, México, 2003 P 148, sostiene que “... el hecho de que las instituciones se encuentren por disposición legal obligadas a expedir el documento relativo aún y cuando en el mismo se contengan las condiciones propias de las que derivan sus obligaciones ante el beneficiario, no convierten al contrato en formal, ya que no se otorga por escrito, y la póliza, constituyendo un importante medio de prueba, solamente es suscrita por la empresa y no así por el contratante ni aún por el beneficiario.”

²⁸ Idem.

Por lo general son consensuales; el único requisito es que el consentimiento se manifieste expresamente. Para diferenciar este tipo de contratos, hay que analizar las partes contratantes, pues si una de ellas realiza esta actividad como su *modus vivendi* o, realiza actividades meramente mercantiles, o en su caso, es considerado un comerciante de acuerdo a las características del artículo 3º del Código de Comercio²⁹ la fianza será considerada mercantil.

El maestro Zamora y Valencia³⁰, nos dice que “... la fianza es civil cuando sea otorgada por personas físicas o compañías, en forma accidental, a favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del código civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncie públicamente y que no se empleen agentes que las ofrezcan”

Dentro de ésta clasificación de fianzas civiles, existe una subdivisión de las mismas, y para su estudio debemos atender a lo establecido en el artículo 2795 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos da una clasificación de las fianzas civiles y literalmente nos refiere “La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso”³¹

5.1.1 *Serán Legales*, cuando la ley impone en forma directa e inmediata la obligación de otorgar una fianza como garantía, fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial. Por ejemplo, un arrendatario, antes de gozar del bien rentado, estará obligado a darle una fianza al arrendador a fin de garantizar anticipadamente los posibles daños y perjuicios que podría ocasionar el disfrute inadecuado del bien arrendado. La característica especial de este tipo de contratos es que se otorgan por escrito.

²⁹ Código de Comercio, Editorial Sista, 2005

³⁰ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pag. 429.

³¹ Código Civil para el Distrito Federal, op cit., pp 209.

5.1.2 *Serán Judiciales*, cuando se otorgan por resolución de un órgano jurisdiccional competente. Por ejemplo, en un juicio en el que se tramite un divorcio, el juez podrá determinar que se aseguren los alimentos mediante una fianza. Al igual que la legales, este tipo de contratos es que se otorgan por escrito.

5.1.3 *La fianza será Convencional*, cuando se celebra libremente en un contrato y de común acuerdo entre el fiador y acreedor. Verbigracia, cuando en un contrato de suministro de materiales, el acreedor otorga un anticipo al deudor para que cumpla con el objeto del contrato, pero, para garantizar el buen uso de ese anticipo, aquél le requiere que le garantice dicho anticipo.

5.2 *Las fianzas serán consideradas como Mercantiles*, cuando son a título oneroso otorgadas por empresas que tienen el carácter de Instituciones de Fianzas, el maestro Sánchez Medal nos señala claramente la distinción de la fianza de empresa y la fianza mercantil, definiendo a ésta como aquélla en “... *la cual existe cuando la obligación del deudor principal es mercantil...*”³² así como la fianza de empresa que aún cuando la gran mayoría de los tratadistas confunden a éstas con la fianza mercantil, el maestro Sánchez Medal nos señala claramente la distinción de unas y otras “... *es una fianza de empresa... la que otorga una institución de fianzas dedicada a este tipo de negocios y con autorización o permiso y bajo el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*”³³

Sin embargo debemos destacar, que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de conformidad con su artículo primero, la actividad de fianzas se

³² Sánchez Medal Ramón, op. cit., pp 460

³³ Idem, pp 460

NOTA: El autor Sánchez Medal sostiene en su obra citada que la fianza mercantil puede a su vez ser o un contrato, o bien una simple declaración unilateral de voluntad, que es lo que ocurre en las pólizas que expiden las instituciones de fianzas.

encuentra considerada como una actividad de derecho público, así tenemos que la mencionada 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.

Ahora bien, tenemos que contrariamente a lo que refiere el maestro Sánchez Medal, respecto a la distinción que hace de las fianzas de empresa y las fianzas mercantiles, la ley de la materia, en su artículo segundo, establece que 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.

De las consideraciones vertidas por la ley de la materia, tenemos que la misma define a la empresa como una fianza mercantil, por lo que la distinción hecha por el maestro Sánchez Medal, únicamente es para efectos didácticos, por lo que atendiendo a la praxis jurídica, en adelante nos referiremos a la fianza mercantil y a la fianza de empresa de manera indistinta, sin olvidar la célebre distinción que nos hace el referido tratadista.

Así tenemos, que el contrato que interesa a nuestro trabajo de investigación es la fianza de empresa, por lo que sí tomamos como referencia las características de las fianzas en general, podríamos decir, que la fianza de empresa, es aquella por virtud de la cual, una institución de fianzas legalmente autorizada para tal efecto, se convierte en fiadora del deudor para responder por éste en el cumplimiento de sus obligaciones frente al acreedor, si aquél no lo hace, obligación que se encuentra documentada en un instrumento denominado póliza de fianza.

Las instituciones de fianzas que las otorguen, se consideraran de acreditada solvencia, salvo 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.

Para mayor entendimiento, nos permitimos hacer el siguiente cuadro comparativo entre la fianza civil y la mercantil o de empresa.

CUADRO COMPARATIVO DE LA FIANZA CIVIL Y DE EMPRESA

Fianza Civil	Fianza de Empresa.
<ul style="list-style-type: none"> • Es garantía accesoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Es garantía accesoria.
<ul style="list-style-type: none"> • No es onerosa 	<ul style="list-style-type: none"> • Es onerosa, se cobra una prima por su expedición.
<ul style="list-style-type: none"> • Goza de los beneficios de orden y excusión. 	<ul style="list-style-type: none"> • No goza de los beneficios de orden y excusión.
<ul style="list-style-type: none"> • La otorga una persona física. 	<ul style="list-style-type: none"> • La otorga una afianzadora
<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad de goce y ejercicio. 	<ul style="list-style-type: none"> • El fiador debe estar concesionado y organizado como empresario fiador.
<ul style="list-style-type: none"> • Ejemplo: La del fiador en 	<ul style="list-style-type: none"> • Ejemplo: Concurso, anticipo,

contratos de arrendamiento.	aduanales, cumplimiento, buena calidad, rifas, etc.
• No existe un formato determinado.	• Existe un formato determinado (póliza de fianza).

Asimismo nos permitimos hacer un cuadro con las características principales de la fianza de empresa.

CARACTERÍSTICAS DE LA FIANZA DE EMPRESA

Características	Descripción
• En relación con el otorgante.	• Es otorgada por una institución autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para expedir fianzas.
• En relación con la forma de expedición.	• Se expide a título oneroso. La Afianzadora no goza de los beneficios de orden y excusión por tratarse de un acto mercantil y oneroso.
• En relación con la obligación principal.	• La fianza no puede otorgarse sin una obligación existente, que sea válida y legal. La obligación principal nace de la ley o de la voluntad entre dos o más partes.
En relación con la obligación accesoria.	• La obligación que asume la afianzadora, en relación con la obligación principal preexistente entre el fiado y el beneficiario es accesoria.
• Consecuencias del principio	• La fianza no puede existir sin

de accesoriedad de la fianza.	<p>una obligación válida. La Afianzadora puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La obligación de la Afianzadora se extingue al mismo tiempo que la del fiado. Por eso, la fianza no podrá hacerse efectiva por una cantidad mayor al monto de la obligación principal incumplida por el fiado. En caso de que se demande a la Afianzadora el pago de la fianza, ésta tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal
-------------------------------	---

5.3 De acuerdo a su vigencia, las fianzas se clasifican en:

i) *Por tiempo determinado.*- Debemos entender por este tipo de fianza, como aquella que tiene un tiempo determinado de vigencia, es decir, que garantiza un contrato principal que tiene una fecha cierta de terminación y como la fianza es accesoria de aquél, al fenecer el tiempo para que la obligación principal sea cumplida, ése mismo tiempo, se deberá de entender como la vigencia de la fianza, salvo disposición en contrario de los contratantes, en la cual, los mismos podrán señalar un lapso de tiempo determinado en que la fianza estará vigente, para seguir surtiendo plenamente sus efectos.

A este tipo de vigencia también se le ha denominado en la praxis como vigencia cerrada, en el texto de la póliza expreso se define vigencia cerrada, estableciendo fecha de inicio y fin de vigencia, por lo que la fianza se debe

cancelar después de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la misma. Cuando la institución de fianzas se haya obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación por caducidad si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza, o en su defecto, dentro de los 180 días siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza artículo 120 ley de la materia.³⁴

ii) *Por tiempo Indeterminado.*- Debemos entender por este tipo de fianza, como aquélla que no tiene un tiempo determinado de vigencia, es decir, que garantiza un contrato principal que tiene una fecha in cierta de terminación y como la fianza es accesoria de aquél, al fenecer el tiempo para que la obligación principal sea cumplida, ése mismo tiempo, se deberá de entender como la vigencia de la fianza.

También se le ha denominado en la praxis como vigencia abierta, en el texto de la póliza no se define fecha de inicio y fin de vigencia, por lo que la fianza se debe cancelar transcurridos los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado. Si la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado, quedará liberada de sus obligaciones por caducidad cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.³⁵

iii). *Por tiempo convenido.* Esta se da cuando en el texto de la póliza expreso se define vigencia cerrada, estableciendo fecha de inicio y fin de vigencia, definiendo adicionalmente un plazo determinado, para que el

³⁴ Cfr. Ley Federal de Instituciones de fianzas, op cit.

³⁵ Artículo 120, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Op. Cit.

beneficiario presente su reclamación, pudiendo ser diferente a los ciento ochenta días estipulados por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Una vez transcurrido dicho plazo, la fianza debe ser cancelada.

6.- Derechos y obligaciones de las partes.

Dentro de este apartado, tocaremos los principales derechos y obligaciones que tiene tanto, el fiador, el beneficiario y el fiado, en un contrato de afianzamiento de empresa. Cabe aclarar que sin que éstos sean limitativamente los únicos derechos y obligaciones del contrato de fianza, se enumeraran solamente algunos de ellos, dada la complejidad y extenso estudio que requiere cada uno de los mismos.

i).DEL BENEFICIARIO.

- Un derecho es el de exigir del deudor, la garantía del pago de su crédito.
- En caso de incumplimiento de fiado, requerir del pago de la garantía a la institución de fianzas, ya sea mediante interpelación judicial o mediante un procedimiento jurisdiccional.
- Que se le paguen los intereses moratorios derivados del incumplimiento del fiado. (art. 95 bis de la L.F.I.F.)
- Como una de sus principales obligaciones, tenemos, debe de permitir el cumplimiento de la obligación garantizada.
- En caso de incumplimiento del fiado, dar aviso al fiador, acompañando los documentos necesarios para acreditar dicho incumplimiento.
- Requerir el pago de la fianza, en los términos establecidos en el artículo 93 de la ley de fianzas, previamente a acudir a las autoridades jurisdiccionales.

- En caso de requerir la intervención del poder judicial para obtener el pago de su crédito, haber agotado los procedimientos de reclamación ya sea ante la propia Institución de Fianzas o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
- Acreditar que la obligación a garantizar, sea lícita y jurídicamente posible.
- 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.
- 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.

ii). DEL FIADO.

- Su principal obligación, es el pago de la prima a la institución de fianzas por concepto de gastos de expedición de la fianza.
- Previo a la expedición de la fianza, garantizar el cumplimiento de la obligación.
- Cumplir con la obligación garantizada.
- Proveer a la fiadora, de todos los elementos necesarios relacionados con motivo de la reclamación que llegara a presentar el beneficiario.
- En caso de incumplir su obligación, proveer de fondos a la institución afianzadora para el pago de la garantía.

- En caso de que se trate de hacer efectiva la fianza, se le informe de la reclamación presentada por el beneficiario, para aportar los elementos que acrediten la improcedencia del mismo.
- Si se llegara a realizar un procedimiento coactivo, en contra de la fiadora, se le denuncie el juicio para que le llegue a parar perjuicio la sentencia que se llegue a dictar.

iii) DE LA FIADORA.

- No goza de los beneficios de orden y excusión.
- En caso de incumplimiento del fiado, se le requiera el pago de la fianza en términos del artículo 93 de la ley de fianzas.
- Deberá responder de su obligación como fiadora, en los términos de la póliza de fianza.
- Que se constituyan garantías en su favor, suficientes para cubrir el monto que ampara la póliza de fianza.
- Requerir el fiado, de toda la información que acrediten el cumplimiento de la obligación principal.
- En caso de pago al beneficiario, se subroga en todos los derechos del acreedor.
- En su caso, dar aviso al fiado, de la reclamación presentada por el beneficiario.
- En caso de que se llegue a un procedimiento judicial, denunciar el pleito al fiado para que le pare perjuicio la sentencia que en su momento se llegue a dictar.
- Que se le pague una prima por concepto de gastos de expedición de la póliza de fianza.
- En caso de reclamación, a que se le provea de fondos suficientes, por parte del fiado, para hacer frente a su obligación de fiadora.

- 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..

Como ya se dijo, sin que los anteriores derechos y obligaciones señalados sean limitativos, dada su complejidad y extensividad, pasaremos a enunciar las principales prohibiciones y operaciones legales, para las instituciones fiadoras del país.

LAS PROHIBICIONES A LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Éstas prohibiciones se encuentra reguladas en las XV fracciones que contiene el artículo 60 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, mismas que de manera enunciativa, mas no limitativa las enumera de la siguiente forma:

Articulo 60.- A las instituciones de fianzas les esta prohibido:

I.- Otorgar garantías en forma de aval, salvo aquellos casos que autorice la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, mediante reglas de carácter general, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México;

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

III.- Obtener prestamos, a excepción hecha de la emisión que hagan de obligaciones subordinadas u otros títulos de crédito, conforme a lo dispuesto en el artículo 16, fracción XVI, de esta ley, así como de líneas de crédito otorgadas por las instituciones de crédito para cubrir sobregiros en las cuentas de cheques que mantengan con las mismas, sin que estas líneas de crédito excedan el límite que al efecto establezca la comisión nacional de seguros y fianzas mediante disposiciones de carácter general y aquellos otros casos que para mantener la liquidez de las instituciones de fianzas autorice la secretaria de hacienda y crédito publico, mediante reglas de carácter general;

III BIS.- realizar contratos de reafianzamiento o de reaseguro que impliquen la asunción de pasivos, sin cumplir con lo dispuesto en la fracción I bis del artículo 16 de esta ley;

III BIS-1.- asumir riesgos u otorgar financiamientos bajo esquemas de reaseguro financiero, cuando no se trate de instituciones autorizadas para practicar exclusivamente el reafianzamiento o el reaseguro;

III BIS-2.- Otorgar fianzas en contravención a lo dispuesto por esta ley;

III BIS-3.- Especular con los bienes recibidos en garantía de fianzas otorgadas;

III BIS-4.- Celebrar operaciones de reafianzamiento con entidades que no cumplan con lo establecido en el artículo 34 de esta ley;

IV.- Dar en reporto títulos de crédito;

V.- Operar con sus propias acciones, salvo los casos previstos en la ley del mercado de valores;

VI.- Entregar a los agentes directamente o a través de interpósita persona, pólizas o contratos que establezcan obligaciones para la institución sin requisitar, firmados previamente por funcionario, representante legal o persona autorizada para tal efecto, salvo lo establecido en el artículo 86 bis-1 de esta ley;

VI BIS. *En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 16 de esta ley:*

A) *Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, salvo aquellas autorizadas por el banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses;*

B) *Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la ley general de títulos y operaciones de crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.*

Si al término del fideicomiso, los derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con los demás bienes, derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertara en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

C) *Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten directa o indirectamente recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;*

D) *Celebrar fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, de los previstos en la ley federal de protección al consumidor;*

E) *Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su*

cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos de garantía;

F) Actuar en fideicomisos a través de los que se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras, y

G) Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la ley de sociedades de inversión. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los incisos anteriores, será nulo.

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

VIII.- Entrar en sociedades de cualquier clase, excepto en los casos de inversión en acciones permitidas por esta ley, y también les esta especialmente prohibido entrar en sociedades de responsabilidad ilimitada y explotar por su cuenta minas, plantas metalúrgicas, establecimientos mercantiles o industriales o fincas rusticas, sin perjuicio de la facultad de poseer bonos, obligaciones, acciones u otros títulos de dichas empresas conforme a lo previsto en esta misma ley. la comisión nacional de seguros y fianzas podrá autorizar que continúen su explotación, cuando las reciban en adjudicación o pago de adeudos, o al ejercitar los derechos que les confieren las operaciones que celebren conforme a esta ley, sin exceder los plazos a que se refiere la fracción IX de este artículo.

VIII BIS.- (SE DEROGA).

IX.- Adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar en su activo.

Cuando una institución reciba en pago de adeudos o por adjudicación en remate dentro de juicios relacionados con créditos a su favor o al ejercitar los derechos que les confiere las operaciones que celebren conforme a esta ley, bienes, derechos, títulos o valores de los señalados en esta fracción, que no deban conservar en su activo, deberá venderlos dentro del plazo de un año

contado a partir de su adquisición, cuando se trate de títulos o de bienes muebles; de dos años cuando se trate de inmuebles urbanos; y de tres años cuando se trate de establecimientos mercantiles o industriales o de inmuebles rústicos. para efectos de la valuación y afectación de dichos bienes, las instituciones deberán ajustarse a lo establecido en las reglas de carácter general que emita la secretaria de hacienda y crédito publico.

Estos plazos podrán ser renovados por la comisión nacional bancaria y de seguros cuando sea imposible efectuar oportunamente su venta sin gran perdida para la institución.

Expirados los plazos o, en su caso, las renovaciones que de ellos se concedan, la comisión nacional bancaria y de seguros sacara administrativamente a remate los bienes, derechos, títulos o valores que no hubieran sido vendidos;

X. - (SE DEROGA).

XI. - (SE DEROGA).

XII.- *Aceptar responsabilidades sin cumplimentar las formalidades señaladas por la presente ley y disposiciones aplicables;*

XIII.- *Comerciar con mercancías de cualquier clase;*

XIV.- *Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución, los directores generales o sus equivalentes y las personas que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a las de aquellos, salvo que correspondan a prestaciones de carácter laboral, otorgadas de manera general; los comisarios, propietarios y suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los ascendientes; descendientes en primer grado o cónyuges de las personas anteriores; y*

XV.- *Repartir dividendos con los fondos de las reservas que hayan constituido por disposición legal o de otras reservas creadas para compensar o absorber perdidas futuras.*

Las instituciones de fianzas no podrán repartir dividendos, sin haber constituido debidamente tales reservas o mientras haya déficit en las mismas o

la institución tenga faltantes de capital mínimo pagado o del requerimiento mínimo del capital base de operaciones, que exige esta ley.

Tampoco podrán repartir dividendos decretados por sus asambleas generales de accionistas, sobre utilidades del ejercicio en curso ni de ejercicios anteriores, antes de dar por concluida la revisión de los estados financieros que las arrojen por la comisión nacional de seguros y fianzas.

*Los repartos efectuados en contravención a lo dispuesto en los párrafos anteriores, deberán ser restituidos a la sociedad. serán solidariamente responsables a este respecto, los accionistas que los hayan percibido y los administradores y funcionarios que los hayan pagado.*³⁶

Asimismo a manera de ilustración, nos permitimos transcribir el contenido del artículo 16 de la mencionada ley, articulado en el cual, nos señala también, de manera enunciativa mas no limitativa, cuales son las operaciones que pueden realizar las instituciones de fianzas que funcionen como tales en el país, previa autorización de las Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

LAS OPERACIONES QUE TIENEN FACULTAD DE REALIZAR LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

ARTICULO 16.- Las instituciones de fianzas solo podrán realizar las operaciones siguientes:

I.- Practicar las operaciones de fianzas y de reafianzamiento a que se refiere la autorización que exige esta ley, así como otras operaciones de

³⁶ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

garantía que autorice la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general;

***I BIS.-** Celebrar operaciones de reaseguro financiero en los siguientes términos.*

En la realización de operaciones de reaseguro financiero, las instituciones de fianzas se sujetaran a las bases siguientes, así como a las reglas de carácter general que dicte la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, las cuales buscaran que en este tipo de operaciones se preserve la solvencia de las instituciones:

***A)** La contratación de cualquier tipo de operación de reaseguro financiero estará sujeta a la autorización que otorgue la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, con base en lo previsto en esta ley y en las reglas respectivas;*

***B)** El consejo de administración de la institución de fianzas tendrá la responsabilidad de revisar y aprobar las operaciones de reaseguro financiero que pretenda efectuar la institución, de manera previa a que estas sean sometidas a la consideración de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para su aprobación;*

***C)** En las reglas a las que se refiere esta fracción, la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico establecerá los criterios y requisitos específicos para considerar que un contrato de reafianzamiento o reaseguro comprende una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, considerando, entre otros aspectos, la probabilidad de pérdida que enfrente el reasegurador o reafianzador respecto de la cartera cedida, la proporcionalidad de la pérdida entre la cedente y el reasegurador o*

reafianzador con relación a la prima cedida, así como la relación entre la responsabilidad cedida, el componente de financiamiento y el monto y naturaleza del contrato de reaseguro o reafianzamiento en su conjunto;

D) *La realización de operaciones de reaseguro financiero con reaseguradoras o reafianzadoras extranjeras requerirá que las mismas, además de estar inscritas en el registro a que se refiere el artículo 34 de esta ley, cuenten con una calificación mínima para este efecto otorgada por una empresa calificadora especializada. Dicha calificación mínima será determinada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las reglas a las que se refiere esta fracción, y*

E) *El financiamiento obtenido por las instituciones de fianzas a través de la realización de operaciones de reaseguro financiero, no podrá representar más del 15% del requerimiento mínimo de capital base de operaciones de la institución, ni exceder el monto del capital pagado de la institución ajustado por el efecto neto de las utilidades y pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores;*

II.- *Constituir e invertir las reservas previstas en esta ley;*

III.- *Constituir depósitos en instituciones de crédito y en bancos del extranjero en los términos de esta ley;*

IV.- *Operar con valores en los términos de esta ley y de la ley del mercado de valores;*

V.- *Operar con documentos mercantiles por cuenta propia para la realización de su objeto social;*

VI.- *Adquirir acciones de las sociedades a que se refieren los artículos 9o., 79, 79 bis-1 y 79 bis-2 de esta ley;*

VII.- *Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de bienes inmuebles destinados al establecimiento de las oficinas de la institución;*

VIII.- *Dar en administración a las instituciones cedentes del extranjero, las primas retenidas para la inversión de las reservas constituidas, correspondientes a operaciones de reafianzamiento;*

IX.- *Administrar las reservas previstas en esta ley, a instituciones del extranjero, correspondientes a las operaciones de reafianzamiento cedido;*

X.- *Efectuar inversiones en el extranjero por las reservas técnicas o en cumplimiento de otros requisitos necesarios, correspondientes a operaciones practicadas fuera del país;*

XI.- *Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares;*

XII.- *Adquirir bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social;*

XIII.- *Otorgar prestamos o créditos;*

XIV.- *Recibir títulos en descuento y redescuento a instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito y a fondos permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el gobierno federal en instituciones de crédito;*

XV. Actuar como institución fiduciaria solo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la sección segunda del capítulo v del título segundo de la ley general de títulos y operaciones de crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 bis de la ley de instituciones de crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

La operación de fideicomiso se sujetara a lo dispuesto en esta ley y a las siguientes bases:

A) En el desempeño de los fideicomisos, las instituciones de fianzas deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias. el Banco de México podrá, en caso de considerarlo necesario, emitir mediante reglas de carácter general las características a que deberán ajustarse tales operaciones.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y oyendo la opinión del Banco de México,

podrá ordenar a las instituciones de fianzas la suspensión de las operaciones que infrinjan las reglas que en su caso emita el Banco de México;

B) *Las instituciones de fianzas podrán recibir en fideicomiso cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente, o adquirir ese tipo de activos con los recursos fideicomitados, siempre que tales operaciones se realicen exclusivamente en cumplimiento del objeto del fideicomiso.*

C).- *Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero que les confíen y los demás bienes, valores o derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso, así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de fianzas con las contabilidades especiales.*

En ningún caso los recursos, bienes o derechos señalados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos correspondan a terceros, de acuerdo con la ley;

D) *Las instituciones de fianzas deberán desempeñar su cometido y ejercitaran sus facultades por medio de delegados fiduciarios, quienes deberán satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, considerándose que carecen de honorabilidad si se ubican en uno de los supuestos previstos en el inciso d) del numeral 3 de la fracción viii bis del artículo 15 de esta ley.*

Las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar reglas para su funcionamiento y fijar facultades. cuando la institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad;

E).- *Cuando la institución de fianzas al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por la sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los recursos dados en fideicomiso, o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave procederá su remoción como fiduciaria.*

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de la institución fiduciaria y para pedir su remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y falta de estos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

F).- *Los recursos recibidos por las instituciones de fianzas con cargo a contratos de fideicomiso, no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo a lo dispuesto en esta ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte*

de los cálculos relativos al requerimiento mínimo de capital base de operaciones previsto en el artículo 18 de la misma; y

G).- *La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, determinara mediante reglas de carácter general el monto máximo de recursos que una institución de fianzas podrá recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su requerimiento mínimo de capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia; y*

H) *Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el gobierno federal o que el mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción iii del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.*

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de fianzas fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XVI.- *Emitir obligaciones subordinadas las cuales podrán ser no susceptibles de convertirse en acciones, o de conversión obligatoria en acciones, así como emitir otros títulos de crédito.*

En la emisión de obligaciones subordinadas las instituciones se sujetaran a las bases siguientes, así como a las reglas de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las cuales buscaran que en este tipo de operaciones se preserve la solvencia de las instituciones:

a) *Las obligaciones subordinadas y sus cupones serán títulos de crédito con los mismos requisitos y características que los bonos bancarios, salvo los previstos en la presente fracción;*

b) *La emisión de obligaciones subordinadas estará sujeta a la autorización que otorgue la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas con base en lo previsto en esta ley y en las reglas respectivas;*

c) *El consejo de administración de la institución de fianzas tendrá la responsabilidad de revisar y aprobar las emisiones de obligaciones subordinadas, de manera previa a que estas sean sometidas a la consideración de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para su aprobación;*

D) *La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ordenara a la institución la suspensión temporal del pago de intereses y, en su caso del principal de dichos títulos cuando, conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 104 de esta ley, haga del conocimiento de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público el incumplimiento de un plan de regularización de la institución de que se trate;*

E) *En caso de liquidación o concurso mercantil de la emisora, el pago de estos títulos se hará a prorrata, sin distinción de fechas de emisión y después de cubrir todas las demás deudas de la institución, conforme a las disposiciones legales aplicables. el pago de las obligaciones subordinadas no convertibles en acciones se hará antes de cubrir los pagos correspondientes a las obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones y de repartir a los titulares de las acciones el haber social.*

El pago de las obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones se hará en los mismos términos señalados en el párrafo anterior, y antes de repartir entre los titulares de las acciones el haber social;

F) *En el acta de emisión relativa, en su caso en el prospecto informativo, en cualquier otra clase de publicidad y en los títulos que se expidan deberá constar en forma notoria, lo dispuesto en los incisos d) y e) de esta fracción;*

G) *Estos títulos podrán emitirse en moneda nacional o extranjera, mediante declaración unilateral de voluntad de la emisora, que se hará constar ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas;*

H) *En el caso de la emisión de obligaciones subordinadas no susceptibles de convertirse en acciones, deberá establecerse un plazo determinado de vencimiento, el cual no podrá ser menor de cinco años. La amortización de estos títulos considerara las bases que se establezcan en las reglas previstas en el primer párrafo de esta fracción, cuidando que la obligación no exceda en ningún momento la capacidad de pago de la institución;*

I) *Los recursos que las instituciones obtengan por la emisión de obligaciones subordinadas no susceptibles de convertirse en acciones, deberán destinarse a financiar programas para el desarrollo de las instituciones;*

J) *La emisión de obligaciones subordinadas no susceptibles de convertirse en acciones requerirá de la calificación otorgada por una sociedad calificadora de valores. en la reglas respectivas, la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico determinara el nivel mínimo requerido para este efecto, y*

K) En el acta de emisión podrá designarse un representante común de los tenedores de las obligaciones, en cuyo caso, se deberán indicar sus derechos y obligaciones, así como los términos y condiciones en que podrá procederse a su remoción y a la designación de un nuevo representante. no se aplicara a estos representantes, lo previsto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para los representantes comunes de obligacionistas.

En la emisión de otros títulos de crédito las instituciones se sujetaran en lo conducente, a lo previsto en esta fracción, según lo determinen las reglas previstas en el párrafo primero de esta misma fracción.

Los recursos obtenidos por las instituciones de fianzas a través de la emisión de obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones, no deberán exceder el monto del capital pagado de la institución, ajustado por el efecto neto de las utilidades y pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores.

Los recursos obtenidos por las instituciones de fianzas a través de la emisión de obligaciones subordinadas no susceptibles de convertirse en acciones y de otros títulos de crédito, no podrán representar mas del 20% del requerimiento mínimo de capital base de operaciones de la institución, ni exceder el monto del capital pagado de la institución una vez aplicadas las pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores;

XVI BIS.- *Los recursos obtenidos por las instituciones de fianzas a través de la realización de operaciones de reaseguro financiero previstas en la fracción i bis de este artículo, así como por la emisión de obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones y obligaciones subordinadas no susceptibles de convertirse en acciones, no podrán, en conjunto, representar mas del 25% del requerimiento mínimo de capital base*

de operaciones de la institución, ni exceder el monto del capital pagado de la institución ajustado por el efecto neto de las utilidades y pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores;

XVII.- *Realizar las demás operaciones previstas en esta ley; y*

XVIII.- *Efectuar en los términos que señale la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, las operaciones análogas o conexas que autorice.*

*Las instituciones autorizadas para practicar exclusivamente operaciones de reafianzamiento podrán efectuar las anteriores operaciones con excepción de la emisión de fianzas.*³⁷

Asimismo, el artículo 5º de la citada ley, nos menciona los ramos y subramos en los que podrán realizar sus operaciones:

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

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

I.- FIANZAS DE FIDELIDAD, *en alguno o algunos de los subramos siguientes:*

a).- Individuales; y

³⁷ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Idem.

b).- Colectivas;

II.- FIANZAS JUDICIALES, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

a).- Judiciales Penales;

b).- Judiciales no Penales; y

c).- Judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores;

III.- FIANZAS ADMINISTRATIVAS, EN ALGUNO O ALGUNOS DE LOS SUBRAMOS SIGUIENTES:

a).- de obra;

b).- de Proveduría;

c).- Fiscales;

d).- de Arrendamiento; y

e).- otras Fianzas Administrativas;

IV.- FIANZAS DE CREDITO, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

a).- de Suministro;

b).- de Compraventa;

c).- Financieras; y

d).- otras Fianzas de Crédito;

V.- FIDEICOMISOS DE GARANTIA, en alguno o algunos de los subramos siguientes:

a).- Relacionados con Pólizas de Fianza; y

b).- Sin Relación con Pólizas de Fianza.

Cuando algún subramo de fianza a que se refiere este artículo adquiera una importancia tal que amerite considerarlo como ramo independiente, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, podrá declararlo como ramo especial.³⁸

7.- Formas de liberación de la obligación de la afianzadora.

En nuestro sistema jurídico, existen diferentes sistemas de liberación de obligaciones, tales como pueden ser, el pago, el cumplimiento, la confusión, la compensación, etcétera.

De acuerdo a nuestros tratadistas, en especial el maestro Bejarano Sánchez, debemos entender por liberación de la obligación, como aquellos efectos o consecuencias comunes de las obligaciones, dependiendo de la naturaleza de las mismas. Esto es, hay consecuencias comunes a toda

³⁸ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

obligación por ejemplo, el pago o cumplimiento, ya sea mediante la consignación, el depósito en pago, o la ejecución forzosa de las mismas; también tenemos que existen efectos protectores a la obligación, tales como la acción pauliana, la acción contra la simulación, la acción oblicua y el derecho a retener; también existen las obligaciones recíprocas que producen consecuencias particulares, tales como la resolución por imposibilidad de cumplimiento (teoría de los riesgos); la resolución por incumplimiento culpable (teoría de la rescisión); y la excepción de contrato no cumplido. Y para terminar con los efectos especiales de las obligaciones traslativas de cosas, en donde encontramos el saneamiento por evicción y el saneamiento por vicios ocultos.³⁹

Dado que como ya se dijo, el objeto del presente trabajo, no es realizar un estudio completo de la teoría de las obligaciones, sino que por el contrario, vamos a analizar de Inconstitucionalidad de un precepto legal de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, únicamente nos limitaremos a analizar las formas de liberación de la obligación garantizada por la fiadora.

i). EL CUMPLIMIENTO.

La primer forma de liberación de la obligación que analizaremos, es el cumplimiento. El maestro bejarano nos define al cumplimiento de la obligación como “... *aquella consecuencia general de todas las obligaciones...*”⁴⁰ sin embargo; la doctrina también le ha llamado al cumplimiento de las obligaciones como pago. El pago simple y llano, “... *es el acto voluntario en el que concurren generalmente el consentimiento del deudor y del acreedor, si faltará alguno de ellos se podrá alcanzar sus efectos extintivos, ya mediante el cumplimiento coactivo por ejecución forzada, de resistirse el deudor, o bien, por el*

³⁹ cfr. Bejarano Sánchez, Manuel, op cit, pp 241.

⁴⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, Idem.

*ofrecimiento de pago seguido de la consignación de la cosa debida, si el recalitrante opositor fuera el acreedor.*⁴¹

Consecuentemente tenemos, que el pago es el cumplimiento voluntario de la prestación debida por el deudor hecha al acreedor, cualquiera que sea el objeto de éste.

El citado tratadista, nos dice que el pago puede ser de las siguientes maneras:

a). Si es realizado voluntariamente por el deudor y recibido voluntariamente por el acreedor, con lo cual existe propiamente un pago;

b). Si es efectuado contra la voluntad del acreedor, se presenta la consignación en pago; y, si se lleva a cabo contra la voluntad del deudor, entonces nos encontramos frente a la ejecución forzosa⁴².

Para la materia objeto de este trabajo, tenemos que la institución de fianzas se libera de su obligación garantizada mediante el cumplimiento voluntario que el fiado haga de su obligación frente al acreedor o beneficiario de la fianza. En efecto, cuando el fiado cumple con todas y cada una de las obligaciones que contrajo para con el beneficiario de la póliza, el efecto extintivo que tiene, es el de liberar a la institución garante de cualquier responsabilidad derivada de la misma, y por ende, automáticamente se extingue la fianza emitida.

Veamos a manera de ejemplo, existe un contrato de obra para la construcción de una vivienda: la empresa "X" es la titular del bien donde se

⁴¹ Íbidem, pp. 242

⁴² Cfr Bejarano Sánchez, Manuel, op cit., pp. 241-242.

edificara la misma y ésta decide que sea la empresa “Z” la que deba realizar la construcción de la citada vivienda, otorgándole para tal efecto, un anticipo por “N” cantidad de dinero y la empresa constructora para garantizar la construcción de la referida obra, debe exhibir una fianza que ampare el importe del anticipo referido, para lo cual tiene que contratar una fianza ante una institución legalmente autorizada para tal efecto, y llegado el plazo estipulado para la entrega del bien encomendado en construcción, si la construcción fue realizada en tiempo y bajo las especificaciones ordenadas por el titular del inmueble, entonces, se tiene por cumplida la obligación, y automáticamente la fianza queda sin efectos.

Luego entonces, tenemos que el efecto general del cumplimiento o también llamado pago, es el de liberar de toda obligación al deudor, y si recordamos que la fianza es un contrato accesorio, al tenerse por cumplida la obligación principal, la fianza queda sin efectos, es decir; se extingue automáticamente por cumplimiento del fiado. En este tipo de cumplimiento de aplica la máxima jurídica que dice *LO ACCESORIO SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL*.

ii) CADUCIDAD.

La segunda de las formas de liberación de la obligación garantizada por parte de la institución afianzadora es la caducidad de la póliza de fianza.

CONCEPTO.

Previamente a entrar al análisis de ésta forma de liberación de obligaciones, debemos atender al concepto doctrinal de dicha figura jurídica. Diversos estudiosos del derecho nos señalan que la caducidad “...*proviene del verbo latino CADERE, que significa “caer” y la institución, consiste hasta la*

*fecha, en la decadencia o pérdida de un derecho --- nacido o en gestación--- porque el titular del mismo ha dejado de observar , dentro de determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo...”*⁴³ así mismo nos señala el maestro Zamora y Valencia que “... la caducidad, es la extinción de un derecho por el abandono quede su ejercicio hace su titular en cierto tiempo, o por el abandono de la acción procesal correspondiente...”⁴⁴ otros autores que nos definen a la caducidad son el maestro Gutiérrez y González, quien nos dice que ésta institución se define como “... la sanción que se pacta o se impone , a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntaria y conscientemente, una conducta positiva pactada, o que determina la ley, para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho positivo o procesal, según sea el caso. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 8ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, D.F., núm. 1210, pág. 947”⁴⁵

Ahora bien, para continuar con el estudio de ésta forma de liberación de la obligación garantizada por la institución de fianzas, es necesario remitirnos a la institución del plazo o término, ya que muchas veces los Juzgadores confunden ambas figuras jurídicas, y no sólo eso, sino que también nuestra legislación maneja como sinónimos ambos conceptos. Para ello nos remitiremos a la distinción que hace el maestro Gutiérrez y González, quien nos señala que: “... el plazo y término son sinónimos... De las reguladas por la ley, y que además, es “modalidad” conforme al concepto que de ellas di, está en segundo lugar el PLAZO O TÉRMINO. SE ENTIENDE POR ÉL UN ACONTECIMIENTO FUTURO DE REALIZACIÓN CIERTA, DEL CUAL DEPENDE LA EFICACIA O LA RESOLUCIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. Cabe apuntar desde aquí que EN DERECHO MEXICANO PLAZO Y TÉRMINO SON VOCABLOS SINÓNIMOS, pues en otros derechos

⁴³ Bejarano Sánchez, Manuel, Op Cit. Pp 393.

⁴⁴ Zamora y Valencia Miguel Ángel, op cit. Pp. 435.

⁴⁵ Obra citada por el autor Zamora y Valencia Miguel Ángel, Op. Cit., pp 435-436.

tiene diferente connotación, y así dicen que plazo es el lapso, y término el final del plazo. EN DERECHO MEXICANO REPITO SON SINÓNIMOS PLAZO Y TERMINO...Plazo: Elementos. La ley como se lee antes, no define al plazo, pero de la norma y de los lineamientos que da la doctrina, se aprecian estos elementos: Un acontecimiento futuro, y Certidumbre de la llegada de ese acontecimiento..”. continúa sosteniendo el citado tratadista que entendemos por acontecimiento futuro que necesariamente llegará, y nos señala lo siguiente: “...El plazo- al igual que la condición,- precisa de un acontecimiento futuro, entendiéndose por él, lo que vendrá, mas no lo que ya sucedió. Debe ser un acontecimiento susceptible de acaecer, y como se verá en seguida no sólo eso, sino que necesariamente ha de llegar...” mientras que nos señala que por certidumbre de la llegada del acontecimiento, “... Significa que el acontecimiento necesariamente llegará; más tarde o más temprano, o el día que se fije, pero siempre habrá de llegar, y con él, la obligación se volverá exigible o se extinguirá, según sea el caso. Esto implica que esa realización se debe verificar en un día cierto...”⁴⁶

Así tenemos, que la caducidad, es la extinción de un derecho por el simple transcurso del tiempo, sin que su titular haya realizado ningún acto para ejercerlo.

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

Los párrafos primero y segundo del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos señalan claramente los presupuestos de procedencia de ésta figura jurídica, y nos refiere que “... cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la

⁴⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 12ª Edición, 3ª reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 904-905.

fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza...”, pero, si fuera el caso de que se hubiere obligado por indeterminado, “... quedara liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguiente a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado....⁴⁷”

Es decir, la citada ley de fianzas, no maneja dos supuestos para que opere la caducidad de las pólizas de fianza expedidas por la institución garante, *i*).en el caso de que la fianza sea por tiempo indeterminado, operará la caducidad a partir de los ciento ochenta días posteriores a partir de que la obligación de haga exigible por incumplimiento del fiado; el segundo supuesto y que por cierto, es el objeto de análisis en este trabajo, es cuando la institución de fianzas se obliga por tiempo determinado, caso en el cual, la institución garante se libera de su obligación por caducidad, cuando el beneficiario no presenta su reclamación dentro de la vigencia mismas de la fianza; **o en su defecto, dentro de los ciento ochenta días posteriores a su vencimiento.**

De lo anterior, tenemos que la caducidad es una forma de liberación de la obligación garantizada por el simple transcurso del tiempo, sin que el titular de ese derecho (beneficiario) haga efectivo el mismos o trate de ejecutarlo. Mas sin embargo, en el supuesto de que la institución de fianzas se haya garantizado por tiempo determinado, la ley, es parcial en beneficio del beneficiario, toda vez que otorga a dicho beneficiario, dos momentos para que pueda ejercitar su derecho de reclamación ante la institución garante, situación que como ya se dijo, es ilegal, por ser parcial.

⁴⁷ Artículo 120, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

TERMINO PARA QUE OPERE LA CADUCIDAD.

Como ya se expuso, el término legal establecido para que opere la caducidad de la instancia, es de ciento ochenta días naturales posteriores, contados a partir de que la obligación garantizada se hace exigible por incumplimiento del fiado, esto en relación con las fianzas expedidas por tiempo indeterminado, es decir, que no tienen una fecha cierta para poder ser canceladas o extinguirse, ya sea por ministerio de ley, o por acuerdo voluntario de los contratantes; o en su caso; dentro de los ciento ochenta días posteriores, a partir de que feneció la vigencia de la póliza, esto como es natural, en tratándose de fianzas expedidas con una vigencia cierta y determinada previamente por los contratantes.

Estos términos, como se puede observar, son los que operan por regla general, para la expedición de fianzas de empresa que no tienen como beneficiario a la Tesorería de la Federación, pero como toda regla general tiene sus excepciones, existe esta peculiaridad de la caducidad en tratándose de pólizas de fianzas expedidas a favor de la TESOFE.

Cuando el beneficiario de una póliza de fianza era la Tesorería de la Federación, antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día el cuatro de enero de dos mil, las autoridades que celebraban contratos para la celebración con un particular para que le fueran elaboradas determinadas obras y/o se le prestaran determinados servicios, éstas estaban facultadas para declarar la rescisión del contrato adjudicado, en caso de incumplimiento del contratista y posteriormente exigir el pago de las garantías otorgadas para el cumplimiento de los contratos.

Ésta situación, era acorde con el texto de la ley, pues, independientemente de que la autoridad contratante resultara ser parte de la

Administración Pública Federal, actuaba con el contratista, en una relación de coordinación y no de supra a subordinación renunciando con ello a su *imperium*, por lo que entonces se subrogaba al ámbito de aplicación del derecho privado, y por ende le eran aplicables, las leyes mercantiles comunes.

Mas sin embargo, con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de enero de dos mil, se privilegió a la autoridad fiscal, privilegio que resulta a todas luces aberrante, violatorio de la legalidad y del espíritu de la ley, pues ahora, pretende suplir la ineptitud de las autoridades fiscales, al establecer que no puede operar la caducidad de la póliza de fianza en tratándose de pólizas expedidas a favor de la Tesorería de la Federación, hasta que el acto de rescisión del contrato garantizado, no sea debidamente notificado al fiado.

Ésta nueva interpretación de nuestro máximo Tribunal Jurisdiccional, como ya se dijo es contraria al letra de la ley y todavía va mucho más allá, es violatoria de garantías fundamentales de los gobernados como lo es la garantía de igualdad jurídica y de legalidad.

En efecto se sostiene lo anterior, ya que con la nueva interpretación de la Suprema Corte, se busca privilegiar al Fisco Federal y tratar de remediar la ineptitud de los funcionarios, pues arbitrariamente establece que la caducidad de las fianzas expedidas a favor de la TESOFE, no podrá empezar a transcurrir, hasta en tanto no se notifique al fiado, la resolución de la rescisión del contrato garantizado, dejando con ello al arbitrio de la autoridad fiscal, el inicio del cómputo para que opere la caducidad de las citadas pólizas, facultad que en estricto apego a derecho, es ilegal e inconstitucional, pues de sostener lo contrato, se estarían violando disposiciones legales de orden público, como lo es en el caso concreto, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y la Constitución General de la República, es nuestra máxima norma que como

norma constituyente establece que todas las leyes, reglamentos, tratados internacionales, reglamentos y en general toda norma jurídica que emane de ella, debe obligatoriamente observar todos y cada uno de los principios contenidos en la misma, sin excepción alguna.

Consecuentemente, en el supuesto de que las autoridades administrativas hubieran declarado la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, la caducidad de la fianza que lo garantiza se computará a partir de la notificación al fiado de esta declaración y no del momento en que el contratista incurrió en incumplimiento, o cuando se extinguió la póliza de fianza, pues supuestamente previamente a dicha notificación, las autoridades estaban impedidas legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente.

Respecto a este tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido las siguientes jurisprudencias:

FIANZAS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. SU CADUCIDAD DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NOTIFICA LA RESCISIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA.

Conforme al artículo 72, fracción II, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (abrogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y derogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en lo relativo a la materia de obra pública, ambos ordenamientos publicados en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de enero

de dos mil), las autoridades estaban facultadas para declarar la rescisión del contrato de obra pública en caso de incumplimiento del contratista y posteriormente exigir el pago de garantías, por lo que los supuestos previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deben interpretarse conjuntamente con el citado artículo 72, toda vez que la voluntad del Estado no es autónoma y, por tanto, no puede considerarse únicamente al contrato como expresión de la misma. Consecuentemente, en el supuesto de que las autoridades administrativas hubieran declarado la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, la caducidad de la fianza que lo garantiza se computará a partir de la notificación al fiado de esta declaración y no del momento en que el contratista incurrió en incumplimiento, o cuando se extinguió la póliza de fianza, pues previamente a dicha notificación, las autoridades estaban impedidas legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente.⁴⁸

FIANZAS POR TIEMPO INDETERMINADO. PARA EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE COBRO, DEBE APLICARSE EL PLAZO PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN BAJO CUYA VIGENCIA SE OTORGARON E HICIERON EXIGIBLES.

Cuando se trata del cobro de pólizas de fianzas por tiempo indeterminado que se suscribieron e hicieron exigibles antes del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de mil novecientos noventa y tres, por el que se reformó,

⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXII, Octubre de 2005, Materia Civil, Jurisprudencia por contradicción de tesis, Página: 254.

entre otros, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pero que se requirió su pago durante la vigencia de éste, para el efecto de la prescripción extintiva de la acción, debe aplicarse la legislación anterior bajo cuya vigencia se otorgaron e hicieron exigibles, la cual establecía el plazo de tres años contado, desde luego, a partir de que la obligación garantizada se hizo exigible, al ser la prescripción ahí prevista una figura de carácter sustantivo y, por ende, un derecho adquirido al amparo de la ley anterior. No es óbice a lo antes expuesto el contenido del artículo cuarto transitorio del referido decreto que, entendido a contrario sensu, significa que los procedimientos derivados de reclamaciones contra una institución de fianzas con motivo del otorgamiento de pólizas, que se inicien luego de la vigencia del referido decreto, deberán tramitarse conforme a la ley reformada, pues esa disposición sólo puede referirse a las normas relacionadas con el desarrollo del proceso, esto es, a las disposiciones que regulan la iniciación, el trámite y la terminación de un proceso jurisdiccional y que definen no sólo los conceptos procesales más importantes como lo son la acción legal, el interés, la relación jurídica, la jurisdicción, la competencia y la constitución de los órganos jurisdiccionales, sino también los distintos elementos que constituyen los procedimientos y formalidades, tales como las notificaciones y actuaciones judiciales; de ahí que el artículo 120 reformado no sea aplicable para efectos del plazo de la prescripción extintiva de la acción, ahora llamada "caducidad", porque ello implicaría restringir el derecho subjetivo sustancial que ya estaba en el patrimonio de las partes desde el tiempo en que se otorgaron las referidas pólizas.⁴⁹

⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XV, Abril de 2002, Materia Civil,, Jurisprudencia por contradicción de tesis, Página: 231.

Otra peculiaridad de la caducidad de las pólizas de fianza expedidas a favor de la Administración Pública, es el caso de aquéllas fianzas otorgadas ante autoridades judiciales del orden penal. Se sostiene lo anterior, toda vez que la ley de la materia claramente establece que las fianzas otorgadas ante autoridades judiciales del orden penal, se harán efectivas conforme a las siguientes reglas: *“i) La autoridad judicial, para el sólo efecto de la presentación del fiado, requerirá personalmente o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello. Dicho requerimiento podrá hacerse en cualquiera de los establecimientos mencionados o en el domicilio del apoderado de referencia, que se encuentre más próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate; ii) Si dentro del plazo concedido no se hiciera la presentación solicitada, la autoridad judicial lo comunicará a la autoridad ejecutora federal o local, según sea el caso, para que proceda en los términos del artículo 95 de esta Ley. Con dicha comunicación deberá acompañarse constancia fehaciente de la diligencia de requerimiento; iii) La fianza será exigible desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado, sin que lo haya hecho.”*⁵⁰

Al igual que las fianzas expedidas a favor de la tesorería de la federación, se privilegia a las autoridades del orden penal, para hacer efectivo el cobro de las pólizas de fianza, toda vez que por un lado en el artículo 130 de la referida ley de fianzas, establece que la fianza será exigible desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado, sin que lo haya hecho, debiendo entonces proceder la autoridad judicial en términos del artículo 95 de la misma ley, es decir; remitir a la autoridad fiscal la citada póliza para hacer efectivo el cobro de la mismas, ya

⁵⁰ Artículo 130, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit..

que ellas, al ser una autoridad recaudadora, son las únicas legalmente facultades para requerir los pagos a favor del fisco, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno. Por otro lado, la Segunda Sala de nuestro más Alto Tribunal, ha establecido en la Jurisprudencia cuyo rubro es *FIANZAS PENALES. LA CADUCIDAD INSTITUIDA EN EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS NO LES ES APLICABLE, SI SU COBRO NO SE EXIGIÓ DENTRO DEL PLAZO PACTADO EN LA PÓLIZA O EN EL TÉRMINO LEGAL CORRESPONDIENTE* que “Si se toma en consideración que las fianzas penales, de acuerdo con la excepción prevista en el artículo 94 bis, párrafo primero, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no pueden hacerse efectivas a través de los procedimientos especial y ordinario contemplados en los artículos 93 y 94 de la ley en comento, sino que según lo dispuesto en el diverso artículo 130, fracción II, necesariamente debe procederse en términos del dispositivo 95, esto es, acudir al procedimiento administrativo de ejecución en el que no existe la figura de la caducidad, se colige que tratándose de dichas fianzas no opera la prevista en el artículo 120 de la ley citada, pues ésta sólo es aplicable en los mencionados procedimientos especial y ordinario”⁵¹

Apreciación que es totalmente contraria a derecho y también violatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, pues nuestro Tribunal de Control Jurisdiccional, interpreta la ley, donde no cabe la interpretación a la misma. Esto es así, ya que sostiene que la caducidad de las pólizas de fianza a favor de la autoridad judiciales en materia penal, no opera de acuerdo a la regla general establecida en el artículo 120 de la misma Ley de Fianzas, aún y cuando el citado precepto legal, no establece en ningún apartado, ni mucho menos la ley, en ninguno de sus articulados, que el termino de caducidad sea exclusivo para las fianzas que no sean expedidas a favor de autoridades

⁵¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Segunda Sala, Tomo XIV, Diciembre de 2001, p. 245.

penales. Luego entonces la Suprema Corte, se extralimitó en su función al legislar una figura no contemplada en la ley, e interpretar un precepto legal donde no cabe la interpretación del mismo, por ser muy claro en su redacción.

iii) PRESCRIPCIÓN.

CONCEPTO.

Otra forma de liberarse la compañía afianzadora de su obligación de institución garante, es mediante la prescripción de la póliza de fianza. La prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. Previo al análisis de esta forma de liberación de obligaciones por parte de la institución de fianzas, es menester apreciar la diferencia entre prescripción y usucapión, diferencia que aunque doctrinal, es necesaria para el mejor entendimiento del tema.

La prescripción de las acciones, según el diccionario jurídico mexicano, *“... es el modo de adquirir el dominio de cosa ajena, a través de la posesión de ella durante cierto tiempo y con los requisitos marcados por la ley, o de liberarse de una obligación que se hubiere contraído y cuyo cumplimiento no se exija durante el término que señale así mismo la ley... entre las adquisiciones que deben su origen al derecho civil, ocupa lugar importante la usucapión ha la cual la doctrina ha dado la denominación de prescripción adquisitiva o positiva, pero al lado de ésta institución jurídica, se encuentra la prescripción negativa o liberatoria de obligación, denominada a su vez por la doctrina como prescripción extintiva...”*⁵²

⁵² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10ª edición, editorial Porrúa, S.A.de C.V.-UNAM, México, 1977, pp 2502

La prescripción, es el medio para adquirir bienes o librarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas en la ley, así a la adquisición de bienes en virtud de la posesión, se le llama prescripción positiva y la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento se llama prescripción negativa. Esta figura jurídica a diferencia de la caducidad pertenece al derecho sustantivo, y se refiere a la extinción de una obligación por el simple transcurso del tiempo, mientras que la caducidad se refiere al derecho adjetivo y extingue el proceso, pero no la acción;; en tanto que la prescripción ve al derecho sustantivo y si es la prescripción negativa su efecto es la liberación de las obligaciones.

Nuestra legislación civil ha definido a la prescripción en el artículo 1135 como: *"... Prescripción es un medio de adquirir o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley..."*⁵³ por lo que no hay precepto legal ni principio general de derecho que conduzca a otra interpretación; y por otro lado, en el artículo 137 bis del Código civil Adjetivo se preceptúa en su fracción I que *"... la caducidad de la instancia es de orden público, irrenunciable, y no puede ser materia de convenio entre las partes. El Juez la declarará de oficio o a petición de cualquiera de las partes cuando concurren las circunstancias a que se refiere el presente artículo..."*⁵⁴

De las anteriores definiciones podemos decir que las principales diferencias entre una y otra son: la prescripción supone un hecho negativo, una simple abstención que en el caso de las acciones consiste en no ejercitarlas (en el de las obligaciones en no exigir su cumplimiento), y la caducidad supone la realización de un hecho positivo para que no se pierda la acción, de donde se deduce que la no caducidad es una condición sine qua non para este

⁵³ Código Civil para el Distrito Federa, op. Cit, pp. 114.

⁵⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2005, pp 265.

mismo ejercicio, puesto que para que la caducidad no se realice deben ejercitarse los actos que al respecto indique la ley dentro del plazo fijado imperativamente por la misma. De aquí el porqué de que la prescripción sea una típica excepción y la caducidad una defensa. Por otra parte, cuando se trata de la prescripción se trata de intereses puramente personales y privados y por eso se admite no sólo su suspensión, sino también su interrupción por medio de interpelaciones, reconocimiento, etcétera; pero cuando se versan intereses de orden público como los de familia, entonces el término, aparte de convertirse, como antes se dijo, en una condición del ejercicio de la acción, no admite dicha interrupción, sino sólo la suspensión, y esto únicamente en casos de fuerza mayor, caducidad y prescripción tienen que ser, como lo son, dos instituciones esencialmente diversas. Y como precisamente porque dicho término es una condición del ejercicio de la acción, la autoridad judicial no solamente está facultada sino que tiene la obligación de examinar si dentro de él se efectuaron los actos positivos que sobre el particular señala la ley, como en general también la tiene con respecto a los hechos constitutivos de toda acción, a fin de ver si se cumplen los requisitos que para su ejercicio requiere esa misma ley, ya que de lo contrario dicha autoridad nunca podría desempeñar en justicia su importantísima función de decir el derecho.

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece en su párrafo tercero que la prescripción de la póliza de fianza estará sujeta a la presentación de la reclamación de la misma. Esto es, que presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda (180 días a partir de que se hace exigible por incumplimiento del fiado, en el caso de fianzas por tiempo indeterminado; y 180 días a posteriores a la terminación de la vigencia de la póliza, en el caso de fianzas expedidas por tiempo determinado), habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, pero éste

no es indefinido, sino que establece como limitante, que la caducidad quedara sujeto a la prescripción de la citada póliza.

En efecto, la institución de fianzas se liberara por prescripción, cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación principal garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Esto se explica ya que si la obligación principal legalmente tiene un término superior a tres años para que prescriba, y la póliza de fianza expedida para garantizar el cumplimiento de esa obligación tiene como plazo para que prescriba, el de tres años, entonces la institución de fianzas se liberará de su obligación cuando transcurran los tres años, sin embargo, si la ley prevé un plazo menor de tres años para que prescriba obligación principal, entonces la afianzadora se liberará, por prescripción, cuando transcurra el plazo de la obligación principal.

Lo anterior, tiene razón de ser, en caso de que la póliza de fianza prescribiera en el término legal establecido para que prescriba la obligación principal, la institución de fianzas estaría indefinidamente obligada, ya que hay obligaciones que tardan hasta mas de diez años para prescribir, término que resulta ser totalmente excesivo, dada la actividad económica que tiene que realizar la institución de fianzas para cumplir con su objeto social.

Ahora bien, tenemos que el término de la prescripción puede ser interrumpido por la reclamación que se haga a la institución afianzadora, salvo que resulta improcedente. En efecto, la reclamación presentada tiene que resultar procedente para que se considere interrumpida la prescripción de la póliza de fianza, ya que de lo contrario, cualquier reclamación improcedente o frívola que en su momento llegara a hacer el beneficiario, interrumpiría dicho termino prescriptivo, cayendo en un estado de incertidumbre e inseguridad

jurídica de la fiadora, además de que se le estaría imposibilitando su actividad comercial, ya que uno de los efectos de presentar un escrito de reclamación, es la obligar a la institución afianzadora a registrar como pasivo contingente el importe de dicha reclamación, impidiéndole hacer uso de ese dinero, que legalmente le podría generar ganancias lícitas.

TERMINO.

Como ya quedó explicado, la prescripción opera a partir de la presentación de la reclamación a la institución de fianzas para hacer efectivo el cobro de la póliza. Esto es, presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda (180 días a partir de que se hace exigible por incumplimiento del fiado, en el caso de fianzas por tiempo indeterminado; y 180 días a posteriores a la terminación de la vigencia de la póliza, en el caso de fianzas expedidas por tiempo determinado), habrá nacido el derecho de los beneficiarios para hacer efectiva la póliza, pero éste no es indefinido, sino que establece como limitante, que la caducidad quedara sujeto a la prescripción de la citada póliza. En efecto, la institución de fianzas se liberara por prescripción de la fianza, cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación principal garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Esto se explica si la obligación principal legalmente tiene un término superior a tres años para que prescriba, y la póliza de fianza expedida para garantizar el cumplimiento de esa obligación tiene como plazo para que prescriba, el de tres años, entonces la institución de fianzas se liberará de su obligación cuando transcurran los tres años, pero, mas sin embargo, si la ley prevé un plazo menor de tres años para que prescriba obligación principal, entonces la afianzadora se liberará, entonces, por prescripción, cuando transcurra el plazo de la obligación principal para que prescriba.

Ahora bien, tenemos que el término de la prescripción puede ser interrumpido por la reclamación que se haga a la institución afianzadora, salvo que resulta improcedente. En efecto, la reclamación presentada tiene que resultar procedente para que se considere interrumpida la prescripción de la póliza de fianza, ya que de lo contrario, cualquier reclamación improcedente o frívola que en su momento llegara a hacer el beneficiario, interrumpiría dicho término prescriptivo, cayendo en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica de la fiadora, además de que se le estaría imposibilitando su actividad comercial, ya que uno de los efectos de presentar un escrito de reclamación, es la obligar a la institución afianzadora a registrar como pasivo contingente el importe de dicha reclamación, impidiéndole hacer uso de ese dinero, que legalmente le podría generar ganancias lícitas.

OTRAS FORMAS DE LIBERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LA INSTITUCIÓN AFIANZADORA.

En este apartado trataremos brevemente las figuras de la novación, de las prorrogas o esperas concedidas por el beneficiario al fiado, y de la voluntad de las partes para dar por terminada la relación contractual que las une.

NOVACIÓN.

La doctrina nos ha definido a esta figura como *"... un convenio en sentido amplio, por el que las partes deciden extinguir una obligación preexistente, mediante la creación de una nueva que la sustituye y difiere de ella en algún aspecto esencial, sus efectos de extinguir y crear así lo*

*caracterizan (si creara y transmitiera sería contrato; si modificara y extinguiera, convenio stricto sensu)*⁵⁵

En efecto, la novación tiene por objeto extinguir la obligación preexistente en la sustancia de la misma, por lo que en estricto derecho, se crea una nueva obligación.

Esta es una forma de liberarse la institución de fianzas de la obligación garantizada, ya que como recordaremos, la fianza es un contrato accesorio que para existir necesariamente depende de uno principal, por lo que si dicha obligación es novada (extinguida y creada otra) sin conocimiento de la fiadora, su obligación automáticamente se extingue.

Esto es así ya que por la naturaleza accesorio de la fianza, si no existe el contrato principal o deja de existir jurídicamente, se aplica la máxima jurídica de que “*LO ACCESORIO SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL*” entonces, la obligación de la institución de fianzas se libera de su obligación por inexistencia del contrato principal.

PRORROGAS O ESPERAS.

Esta es otra modalidad de liberarse la fiadora de su obligación garantizada, ya que en caso de que se haya garantizado un contrato por un tiempo determinado, y el beneficiario de la fianza, otorga al fiado ciertas prorrogas o esperas para el cumplimiento de su obligación, sin consentimiento de la institución garante, el efecto jurídico, que esto acarrea, es el de extinguir automáticamente la obligación garantizada.

⁵⁵ Bejarano Sánchez, MANUEL, Op, Cit, pp. 356.

En efecto, esto es así, por que las prorrogas o esperas que llegara a conceder el beneficiario al fiado para que pueda cumplir con su obligación, y que no sean hechas del conocimiento de la fiadora, en esencia, novan la obligación principal, aplicándose en consecuencia todas las reglas de dicha figura jurídica.

En nuestra ley de fianzas, está regulada ésta figura jurídica en el artículo 119 de la misma, el cual establece textualmente lo siguiente: “... *la prorroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza.*”⁵⁶

POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Una institución de fianzas se libera de su obligación garantizada, en virtud de convenio que llegara a celebrar con el beneficiario, por medio del cual, ambos expresaran en cualquiera de las formas legales, su consentimiento para dar por terminada la relación jurídica y liberar a la fiadora de toda responsabilidad.

Esta forma es el medio primordial que persigue la ley para dar por terminada toda relación jurídica, sin que tenga que intervenir ninguna otra parte, ya sea como amigable componedor, o en una función netamente jurisdiccional.

8.- Procedimiento de reclamación de las pólizas de fianza.

En lo que se refiere al procedimiento para hacer efectivas las pólizas de fianzas, se considera de suma importancia la atención que se debe dar a las reclamaciones que plantean los usuarios de las mismas en contra de alguna

⁵⁶ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

institución, considerando que ésta se limita a prestar un servicio al constituirse en obligada directa frente al acreedor de la obligación principal que dio origen a la fianza, motivo por el cual se precisa que los beneficiarios deberán presentar sus reclamaciones directamente ante las instituciones de fianzas y en caso de inconformarse con la resolución de la afianzadora o si la misma no le da contestación dentro del término legal de treinta días,⁵⁷ a su elección, podrá hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales judiciales competentes.

EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.

Este procedimiento esta reglamentado en el artículo 93 de la ley de la materia, mismo que no necesita mayor estudio, pues el mismo es muy claro. Se transcribe para su lectura.

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 esta no le de contestación dentro del termino 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 observara lo siguiente:

⁵⁷ cfr. Artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op. Cit.

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 termino, 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 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 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.⁵⁸

PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN MATERIA PROCESAL CONTRA LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Este procedimiento esta reglamentado en el artículo 94 de la ley de la materia, mismo que no necesita mayor estudio, pues el mismo es muy claro. Se transcribe para su lectura.

Los juicios contra las Instituciones de Fianzas, se substanciaran conforme a las siguientes reglas:

I.- Se emplazara 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;

⁵⁸ Artículo 93, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

II.- Se concederá un termino 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 ejecutaran 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 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

B).- Tratándose de mandamientos 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;

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.

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.⁵⁹

PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN MATERIA PROCESAL PARA HACER EFECTIVO EL COBRO DE LAS FIANZAS EN MATERIA PENAL.

Este procedimiento está reglamentado en el artículo 130 de la ley de la materia, mismo que no necesita mayor estudio, pues el mismo es muy claro. Se transcribe para su lectura. 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 Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

⁵⁹ Artículo 94, idem.

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 otorgadas ante autoridades judiciales del orden penal, se harán efectivas conforme a las siguientes reglas:

i.- La autoridad judicial, para el solo efecto de la presentación del fiado, requerirá personalmente o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello. dicho requerimiento podrá hacerse en cualquiera de los establecimientos mencionados o en el domicilio del apoderado de referencia, que se encuentre mas próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate;

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

iii.- La fianza será exigible desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado, sin que lo haya hecho.⁶⁰

⁶⁰ Artículo 130, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN MATERIA PROCESAL CONTRA LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS POR OBLIGACIONES FISCALES.

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 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:

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 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;

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, si no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le remataran 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, 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;

v.- 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;

vi.- 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, 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 a autorizados para ello.⁶¹

⁶¹ Artículo 95, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

CAPITULO SEGUNDO.
**DIFERENTES RAMOS DE LAS FIANZAS MERCANTILES O DE
EMPRESA**

Previamente a hacer un análisis de los diferentes ramos de las fianzas que regula la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 5º consideramos necesario hacer referencia a los comentarios realizados por el Lic. JULIÁN A. OLIVAS UGALDE Vicepresidente Jurídico de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que estableció en su página de Internet⁶² en su parte conducente lo siguiente: *“... En los periodos ordinarios de sesiones correspondientes al año de 1999 fue discutida y aprobada por las cámaras de Diputados y Senadores la Iniciativa que presentó el Presidente de la República, Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León, para modificar la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Las leyes que reglamentan el sistema financiero requieren de una revisión constante a fin de que las autoridades que regulan este sector, tengan las facultades precisas y suficientes para controlar y supervisar a los intermediarios financieros, así como sistematizar de manera apropiada las operaciones financieras, a fin de que los recursos de los particulares sean manejados adecuadamente por las instituciones financieras y se eviten daños a sus intereses y a su patrimonio. Acorde a lo anterior, en esta reforma aprobada por el Poder Legislativo Federal, se propone que en la Ley se reconozca de forma explícita que la misma es de interés público y que tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas, en protección de los intereses del público usuario. ... Por otra parte y toda vez que la legislación vigente regula una operación única de fianzas y tomando en consideración el desarrollo que ha tenido este sector y la especialidad que se ha presentado en sus operaciones, se establecieron cinco ramos con sus correspondientes subramos. Los cinco ramos principales que*

⁶² <http://www.cddhcu.gob.mx/cronica57/contenido/cont10/>

se ordenan son: Fianzas de Fidelidad; Fianzas Judiciales; Fianzas Administrativas; Fianzas de Crédito; Fideicomisos de Garantía...”

Del texto anterior, se desprende el hecho de que durante la administración del Dr. Zedillo Ponce de León, y a iniciativa de éste último, en los periodos ordinarios de sesiones correspondientes al año de 1999 fue discutida y aprobada por las cámaras de Diputados y Senadores la misma Iniciativa que tenía por objeto modificar la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Efectivamente, si analizamos concretamente dicha iniciativa, nos percataremos de que la misma, tenía como fin primordial, el reglamentar a las leyes que regulan al Sistema Financiero Mexicano, al cual pertenecen las instituciones de fianzas que operan en el país. Dicha reglamentación tuvo como origen el que las autoridades (entiéndase Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) encargadas de proporcionar las autorizaciones para operar como una institución afianzadora, pudieran tener un mayor control y supervisión sobre éste sector económico del país, contando con todas las facultades precisas y suficientes para controlar y supervisar a los intermediarios financieros, así como sistematizar de manera apropiada las operaciones financieras, a fin de que los recursos de los particulares sean manejados adecuadamente por las instituciones financieras y se eviten daños a sus intereses y a su patrimonio.

De ahí que, uno de los principales logros de ésta iniciativa, fue la de que se considerara de forma explícita a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como una norma de interés público (art. 1º) cuyo objeto es el de regular la organización, funcionamiento, actividades y operaciones de las instituciones de fianzas, así como de los agentes de fianzas y en general de toda persona que de alguna u otra manera tenga que ver con la actividad afianzadora, para proteger los intereses del público usuario de los mismos.

Por otra parte, otro de los fundamentos para impulsar tal iniciativa de reforma, fue inminentemente el hecho de que anteriormente a dicha reforma, únicamente se regulaban en la ley, una operación única de fianzas; mas sin embargo, debido a los cambios socioeconómicos que ha tenido nuestro país en los últimos años, concretamente en este sector de la economía nacional, se establecieron no uno, sino cinco ramos de fianzas con sus correspondientes subramos cada uno. Los cinco ramos principales que se ordenan son: Fianzas de Fidelidad, Fianzas Judiciales, Fianzas Administrativas, Fianzas de Crédito, y; Fideicomisos de Garantía⁶³

1.- FIANZAS DE FIDELIDAD.

Concepto.

Reciben este nombre aquélla fianzas que sirven para garantizar el resarcimiento del daño patrimonial que cause un empleado por la comisión los delitos de robo, fraude, abuso de confianza o peculado, en contra de los bienes de la empresa beneficiaria o de los que ésta sea jurídicamente responsable.

Sostiene el maestro Molina Bello,⁶⁴ que la fianza de fidelidad es “... *un instrumento de protección patrimonial que garantiza, ante un patrón, la reparación o el pago por parte de la afianzadora, de los daños sufridos en cualesquiera de sus bienes de los cuales sea jurídicamente responsable, por hechos que provengan de conductas delictuosas de uno o varios de sus empleados...*”

Objeto.

⁶³ cfr. Artículo 5º Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Op Cit.

⁶⁴ Molina Bello Manuel, Las Fianza como garantizar sus operaciones con terceros, Primera Edición, Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S.A. DE C.V., 1994, pp. 34.

El objeto principal de este tipo de fianzas es el de garantizar el daño patrimonial que en su momento, pudieran resentir las empresas beneficiarias de este tipo de fianzas, por los actos u omisiones de los empleados de las mismas.

Tipos de fianzas de fidelidad.

Dentro de éste tipo de fianzas, existen varios tipos de las mismas y son a saber, las siguientes:

a). *INDIVIDUAL*. Este tipo de fianza, sirve para garantizar el resarcimiento del daño patrimonial que cause un solo empleado en un puesto determinado, hasta por una suma determinada, incluyendo vendedores y comisionistas.

b) *CÉDULA*. Sirve para garantizar el resarcimiento del daño patrimonial que cause un grupo de empleados, pudiendo ser personas que desempeñan puestos diferentes y con montos individuales también diferentes.

c) *GLOBAL*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que cause el personal administrativo de una empresa, con un monto único que cubre uno o varios ilícitos hasta la totalidad del monto afianzado, excepto comisionistas y agentes de ventas, siendo opcional la inclusión de obreros y compañías filiales.

d) *MONTO ÚNICO PARA VENDEDORES*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que causen los vendedores y comisionistas (5 como mínimo) de una empresa, con un monto global que cubre uno o varios ilícitos hasta la totalidad del monto.

e) *DE COBERTURA COMBINADA*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que causen 11 personas como mínimo de una misma empresa, con un monto individual y tope máximo de responsabilidad a pagar, incluyendo vendedores y comisionistas.

f) *OBREROS*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que cause todo el personal obrero de una empresa con un monto único que cubre uno o varios ilícitos hasta la totalidad del monto.

g) *RESPONSABILIDADES LIMITADAS*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que cause todo el personal administrativo de una empresa, agrupados en tres diferentes niveles de responsabilidad, hasta un cierto límite del monto total de la fianza, según el nivel en que sean colocados excepto comisionistas y agentes de ventas.

h) *ESTRATOS*. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que cause todo el personal administrativo de una empresa agrupados en tres estratos cada uno con cierto porcentaje total de los empleados y con un monto global independiente por cada estrato, que guardaban entre sí una proporción determinada del monto total de la fianza.

i) *MONTO ÚNICO PARA VENDEDORES EN RESPONSABILIDADES LIMITADAS*. Garantiza las responsabilidades del personal de ventas de una empresa con un monto único para todos y varía el monto a pagar según el nivel en que hayan sido ubicados por el propio beneficiario.

j) *MONTO ÚNICO PARA VENDEDORES EN ESTRATOS*. Garantiza las responsabilidades de todo el personal de ventas cuyo monto se integra con

tres montos globales que guardan una relación entre sí con una relación máxima hasta el monto de cada estrato.⁶⁵

COBERTURAS ADICIONALES

En las fianzas de fidelidad se manejan 4 coberturas adicionales que pueden aplicar a cualquier tipo de fianza

i). Tarjeta de Crédito Empresarial. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que se cause por delitos cometidos por empleados a través del uso indebido de tarjetas de crédito y el monto de este endoso corresponde como máximo un 50% del monto vigente de la fianza básica

ii). En exceso. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que cause uno o varios empleados, excepto vendedores o comisionistas, cuando éstos revisten un riesgo superior al cubierto por la Fianza Global y se expiden en forma individual o cédula. Son accesorias únicamente de la Fianza Global.

iii). Exceso de pérdida. Garantiza el resarcimiento del daño patrimonial que se cause, en un sólo evento cuando exceden el monto de la fianza global básica, el monto de esta cobertura no podrá ser mayor al 50% del monto de la fianza principal.

iv). Incremento automático de monto. Garantiza que el monto de la fianza será incrementado periódicamente y en forma automática de acuerdo con el porcentaje que el propio cliente escoja, tomando en cuenta los aumentos en los costos de los bienes que integran su patrimonio.

⁶⁵ Apuntes tomados en el diplomado “Inducción a Fianzas” impartido por personal de Afianzadora Insurgentes, S.A. de C.V., México, 2005.

2.- FIANZAS JUDICIALES.

Concepto.

Reciben este nombre aquéllas fianzas que garantizan el cumplimiento de los deberes y obligaciones o actos de particulares o del sector público dentro de un procedimiento judicial o derivado de resoluciones judiciales

En efecto, este tipo de garantías, también reciben el nombre de fianzas legales, ya que antes de que se celebre el contrato de afianzamiento, ya existe una obligación legal del fiado para que otorgue esa garantía personal, obligación que puede ser por una disposición legal expresa que así lo determine *Vg. (la fianza que debe otorgar el albacea para garantizar su función en un juicio sucesorio)*, y entonces recibirá el nombre de fianza legal, o si es por determinación judicial, entonces recibirá el nombre de fianza judicial, *Vg. (la fianza que debe otorgar el quejoso para que surta efectos la suspensión del acto reclamado en un juicio de amparo)*.

Es decir, debemos diferenciar claramente la fianza legal de la fianza judicial, luego entonces, tenemos que la primera es aquélla garantía que por ministerio de ley, una persona debe de otorgar para ejercer los actos, derechos u obligaciones contraídas ante terceros; mientras que la fianza judicial, es aquélla que por mandato judicial, necesariamente debe otorgar una persona para gozar de esos derechos. Nuestra legislación Civil Federal, aunque no muy claramente los enuncia, si los diferencia en su artículo 2850.

Objeto.

El objeto de este tipo de fianzas, es el de garantizar, precisamente, el cumplimiento de un deber o una obligación o acto, de una persona ya sea

dentro de un procedimiento judicial (fianza legal) o derivado de resoluciones judiciales (fianza judicial).

Tipos de fianzas judiciales. Dentro de las fianzas judiciales debemos separar a las fianzas penales de las no penales.

La siguiente enunciación de los tipos de fianzas judiciales, ya sean penales o no penales, aunque no es limitativa, si es quizá, la más recurrida en la práctica.

2.1 FIANZAS JUDICIALES PENALES

a). *Libertad Provisional.* Garantiza las presentaciones del indiciado ante la autoridad judicial, durante el procedimiento penal, cuando no se traten de delitos graves.

b). *Condena condicional.* Garantiza las presentaciones del sentenciado ante el juez o tribunal cuando la pena de prisión no es mayor a 3 años.

c). *Libertad Preparatoria.* Garantiza las presentaciones del procesado, después de haber cumplido un porcentaje de la pena de prisión, impuesta en una sentencia. Este porcentaje es del 60% de la pena establecida.

d). *Suspensión de orden de aprehensión.* Garantiza los posibles daños y perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con motivo de la suspensión de una orden de aprehensión que dicten las autoridades en contra de las cuales se promueve el juicio de garantías, dentro de la tramitación de un amparo en materia penal. Esta garantía generalmente se da dentro de una etapa pre-judicial.

e). *Reparación de daño por vehículos en general.* Garantiza a un tercero cualquier reparación de daño sufrido en o a causa de sus bienes por el daño ocasionado por un vehículo.

f). *Daños y perjuicios.* Garantiza los posibles daños y perjuicios que se pudieran ocasionar dentro de un procedimiento judicial.

g). *Proliber.* Garantiza la libertad provisional en caso de un accidente y la liberación del vehículo durante el proceso judicial como consecuencia de accidentes de tránsito.

2.2 FIANZAS JUDICIALES NO PENALES.

Este tipo de fianzas se otorgan por causas distintas a un proceso penal, pero que igualmente pueden ser requeridas ya sea por ministerio de ley o por mandato judicial.

a). *Providencia Precautoria.* Generalmente sirve para garantizar los daños y perjuicios que se podrían ocasionar a una persona ya sea con motivo de un embargo realizado a una persona, considerada como deudor, por parte del acreedor (fiado), ya sea en un juicio ejecutivo mercantil o civil. Sin embargo no solamente garantizan el embargo a una persona, sino que existe un sin fin de materias en las que puede exigirse, tales como cuando se solicita dicha medida precautoria en un procedimiento arbitral, etcétera.

b). *Levantamiento de providencia precautoria.* Garantiza los posibles daños y perjuicios relacionados con el levantamiento del embargo precautorio de una providencia precautoria. En este caso, el fiado es el aparente deudor, que quiere liberar los bienes que se encuentran sujetos a una providencia precautoria.

c). *Juicio de Controversia de Arrendamiento Inmobiliario*. Garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios que se puedan ocasionar en un juicio de arrendamiento (lanzamiento). Anteriormente nuestra ley hacía referencia al juicio especial de desahucio, sin embargo, debido a las constantes reformas, se le denomina actualmente, juicio de Controversia en Materia de Arrendamiento Inmobiliario.

d). *Gestor judicial, síndico, o albacea*. Garantiza el fiel desempeño y manejo que realicen los fiados en su calidad de gestores, síndicos o albaceas respecto del patrimonio que se les encomienda.

e). *Pensión alimenticia*. Garantiza el pago de la pensión alimenticia que tiene que otorgar una persona a favor de otra por mandato de una autoridad judicial.

f). *Suspensión en Amparo Laboral, Civil o Administrativo*. Garantiza los posibles daños y perjuicios que se pudieran ocasionar al tercero con motivo de la tramitación de un juicio de amparo, en el que se solicite la concesión definitiva del acto reclamado.

g). *Fianzas judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores*. Este tipo de fianzas, son aquéllas que sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales de un conductor, cuando con motivo o en uso de un automotor, cause algún accidente de tránsito o surgiera alguna responsabilidad atribuible a éste.

3.- FIANZAS ADMINISTRATIVAS.

Concepto.

Este tipo de fianzas, son aquéllas que sirven para garantizar el cumplimiento de obligaciones generales entre dos partes, que no se pueden englobar en las fianzas de fidelidad y judiciales, y cuyo beneficiario es el gobierno en cualquiera de sus tres niveles, ya sea federal, estatal o municipal.

Objeto.

El objeto de este tipo de fianzas, es el de garantizar ante el estado, el cumplimiento de una obligación contraída por el fiado ante el propio estado, ya sea por que exista un interés fiscal, un interés en la explotación de un servicio concesionado, por la expedición de un permiso para el aprovechamiento de derechos del estado, o simplemente, exista un interés del estado para que un particular le preste un servicio o bien, por lo que deberá garantizar ante el propio estado, el correcto funcionamiento, aprovechamiento, explotación de ese bien o servicio; o para garantizar los créditos fiscales a favor del propio estado.

Por ende, las fianzas administrativas, para su mejor estudio y comprensión, se dividen en: fianzas administrativas generales, fianzas de interés fiscal, fianzas de permisos, y; fianzas de concesiones.

3.1 FIANZAS ADMINISTRATIVAS GENERALES.

a). *Concurso o licitación.* Garantiza la seriedad de una propuesta en un concurso, invitación restringida a cuando menos tres proveedores, licitación privada o pública, ya sea para la adquisición de bienes, materiales, servicios, etcétera.

b). Anticipo. Sirve para garantizar la debida inversión o devolución total o parcial, en su caso, del dinero que por concepto de anticipo se otorgue al fiado.

c). Anticipo revolvente. Garantiza la aplicación continua de anticipos de dinero recibido en una operación que por sus características se rehabilita, esto es, que no se amortiza la cantidad aplicada en la inversión, sino que se rehabilita para ser invertida en su totalidad.

d). Cumplimiento de pedido o contrato. Garantizan el cumplimiento en tiempo de los trabajos contratados y con las características y cantidades estipuladas en el contrato principal garantizado.

e). Buena calidad. Este tipo de fianzas sirven para garantizar la buena calidad y los vicios ocultos o defectos en los trabajos, material o equipo objeto del contrato garantizado.

f). De arrendamiento. Sirven para garantizar por el fiado, el pago de las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento celebrado entre el fiado y el beneficiario.

g). De condóminos. Garantiza el pago de las cuotas de mantenimiento, administración y servicios, en una propiedad en condómino, ya sea, como usufructuario, arrendatario o en calidad de dueño.

h). Boletaje IATA (Asociación Internacional de Agencias de Viajes) y Compañías Nacionales. Garantiza las responsabilidades de las agencias de viajes con motivo del inadecuado uso de los boletos que las compañías de aviación dan para su comercialización a las agencias.

i). Agencias de viajes. Garantizan las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir las agencias de viajes en el desarrollo del permiso autorizado por la Secretaría de Turismo.

j). Contingencias fiscales y laborales. Garantiza las posibles contingencias con motivo de la prestación de este servicio, respondiendo de posibles pasivos laborales o fiscales.

k) Arrastres y fletes a Ferrocarriles Nacionales. Garantiza los pagos por el servicio que presta la paraestatal a los fiados por el uso de escapes y espuelas.

3.2 FIANZAS ADMINISTRATIVAS DE INTERES FISCAL.

a). Maquiladoras. Se garantiza el retorno al país de origen de materia prima o equipo, haya o no sufrido transformación al amparo de un programa de importaciones.

b). Inconformidades fiscales. Garantiza la suspensión del Procedimiento Administrativo de Ejecución y estará en vigor en tanto se resuelve el recurso interpuesto por el fiado en contra de un crédito fiscal, ya sea federal, estatal o municipal.

c). Pliego de responsabilidades. Garantiza las responsabilidades de un servidor público con motivo del desempeño de su encargo, cuando se ha iniciado en su contra un procedimiento administrativo.

d). Clausura. Garantiza el interés fiscal con motivo de la solicitud de baja de un causante del Registro Federal de Contribuyentes mientras el fisco ejercita su derecho de revisión de los ejercicios fiscales del causante.

e). *Devolución del impuesto al valor agregado.* Garantiza a la autoridad Hacendaria la reintegración a ésta por una posible devolución improcedente por concepto del impuesto al valor agregado (I.V.A.).

f). *Convenio de pago ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).* Garantiza el pago derivado de adeudos hacia el IMSS por parte del patrón, respecto de cuotas obrero-patronales.

g). *Convenio de pago ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.* Garantizar el pago derivado de adeudos ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por parte del contribuyente ya sea de impuestos o de cualquier otra contribución

3.3 FIANZAS ADMINISTRATIVAS DE PERMISOS.

Este tipo de fianzas tienen como objeto principal, el garantizar la correcta aplicación y/o ejecución de los permisos otorgados por el Gobierno a determinadas personas.

a). *Sorteos y rifas.* Garantiza la entrega de los premios a los beneficiarios con las cantidades y características anunciadas.

b). *Rutas postales.* Garantiza las responsabilidades de los transportistas en el desempeño de la concesión para tráfico postal.

c). *Elaboración o portadores de alcoholes o azúcares.* Garantiza las responsabilidades de los transportistas en el desempeño del permiso otorgado por el Gobierno Federal para traslado de mercancías sujetas a autorización para su distribución.

d). *Estacionamientos*. Garantiza los cajones de estacionamiento que serán utilizados por clientes que acuden a una industria, unidad habitacional o comercio, durante el tiempo que dure en actividad esa industria, comercio o unidad habitacional.

e). *Uso de suelo*. Garantiza la no variación del uso del predio para el que se dio permiso, pudiendo ser habitacional, comercial, industrial o ecológico.

f). *Licencias sanitarias*. Garantiza el desarrollo de una actividad sujeta a reglamentos sanitarios por razón de su giro.

3.4 FIANZAS ADMINISTRATIVAS DE CONCESIONES.

A). *Agentes aduanales*. Garantiza las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir los agentes aduanales en el desempeño de sus funciones.

b). *Notarios públicos*. Responde por las posibles responsabilidades en que las que lleguen a incurrir en sus funciones los notarios.

c). *Prestador de un Servicio Público Federal*. Garantiza las posibles responsabilidades en que se pueda incurrir con motivo de la prestación del servicio público federal concesionado.

d). *Corredor Público*. Garantiza las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir los corredores públicos en el desempeño de su gestión.

4.- FIANZAS DE CRÉDITO.

Concepto.

Este tipo de fianzas, son aquéllas que sirven para garantizar la obligación de pago de recursos monetarios de compromisos crediticios celebrados entre empresas generalmente, o entre una persona física y una empresa, o entre personas físicas.

Objeto.

El objeto de este tipo de fianzas, es el de ser el instrumento operativo y legal, que garantiza ante el beneficiario, el cumplimiento de una obligación de pago contraída por el fiado ante el propio beneficiario, y la función primordial de la institución afianzadora, es la de servir, precisamente, como garante del cumplimiento de la obligación de pago contraída entre las partes, en el tiempo, forma y lugar establecidos en la misma.

Aquí, es necesario destacar el hecho de que se requiere una autorización especial por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para que las instituciones de fianzas que pretendan prestar servicios de crédito, puedan funcionar como tal, ya que muchas por políticas internas de las mismas, o por disposición expresa de la ley, no pueden prestar dicho servicio.

Por ende, las fianzas de crédito, para su mejor estudio y comprensión, se dividen en: fianzas de crédito de suministro, de compraventa, financieras, y; otras fianzas de crédito.

a). *Fianzas de crédito de suministro.* Son aquéllas que sirven para garantizar por el fiado, el suministro de determinados bienes o servicios al beneficiario, descritos en el contrato principal afianzado.

Como ejemplo claro de éste tipo de contratos, tenemos el siguiente: contrato de suministro de Petroquímica. La fianza emitida por la institución afianzadora, garantiza el pago de los productos suministrados por Petróleos Mexicanos al fiado y que son derivados de la petroquímica.

b). fianzas de compraventa. Estas fianzas sirven para garantizar el cumplimiento de pago del fiado a favor del beneficiario, respecto de un contrato de compraventa celebrado entre los mismos. Es decir; garantizan a las grandes empresas que utilizan distribuidores, como medio de comercialización, el pago de la mercancía en venta. Aunque no solamente garantizan dichas operaciones a favor de las grandes empresas, sino que puede ser a cualquier persona que tenga la capacidad económica para responder de dichas obligaciones y que celebre un contrato de compraventa, aunque por cuestiones prácticas generalmente es mayormente utilizada por las grandes trasnacionales.

c).- Fianzas financieras. Este tipo de fianzas son aquéllas que sirven a los Inversionistas en operaciones bursátiles como instrumento de garantía al gran público inversionista en emisiones primarias de operaciones bursátiles o de aceptaciones bancarias.

Como ya se dijo, existe otro subramo de las fianzas de crédito, que sirven para garantizar operaciones de crédito a favor de beneficiario, dentro de éstas, podemos mencionar, aunque no limitativa sino enunciativamente y como las más significativas a las siguientes:

a).- Operaciones de importación-exportación. Este tipo de fianzas son aquéllas que sirven para garantizar el pago del financiamiento que recibe el

importador o el exportador directo o indirecto a la institución crediticia o financiera que aporta el recurso.

b).- Factoraje. Éste tipo de fianzas de empresa, sirven para garantizar a la empresa de *factoring* que sus vendedores o cedentes de títulos mercantiles o de crédito, cubran el crédito una vez que el emisor original de dicho título no realice el pago.

c).- Arrendamiento Financiero. Este tipo de fianzas, sirven para garantizar el pago del arrendatario al arrendador por y con motivo del contrato de arrendamiento financiero.

d).- Créditos Inmobiliarios. En este tipo de fianzas lo que se garantiza es el pago de los créditos obtenidos para la adquisición de inmuebles, financiados por entidades del Grupo Financiero al que pertenezca la Afianzadora.

e).- Créditos para la adquisición de activos. El objeto principal de éste tipo de fianzas, es el de garantizar precisamente el pago derivado de créditos para la adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero.

f).- NAFIN. Este tipo de fianzas garantiza el pago de créditos derivados de programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa que ejecuten Instituciones Nacionales de Crédito.

Como ya se dijo, las fianzas de crédito a que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, se encuentran enumeradas de forma enunciativa, mas no limitativa, ya que existen en el mercado una gran cantidad de las mismas y dado que el objeto principal de estudio de éste trabajo no es precisamente la materia de fianzas, sino que por el contrario, es un estudio constitucional de un artículo de la materia por lo que para efectos del mismo

únicamente enunciaremos las anteriores, reiterando que no son las únicas existentes en el mercado afianzador de nuestro país.

Asimismo, tenemos que al lado de las fianzas de crédito enumeradas en los párrafos precedentes, existen fianzas de carácter internacional tales como son, entre otras las siguientes:

a).- Operaciones Internacionales. En este tipo de fianzas las Instituciones Fiadoras sólo podrán asumir responsabilidades en Moneda Extranjera y sujetas al mercado libre de divisas, cuando la obligación cuyo cumplimiento garanticen se haya convenido en ese tipo de divisas y se refiera a los siguientes casos:

b).- Fianzas Directas. Este tipo de fianzas tienen como objetivo primordial el garantizar obligaciones ya sean de exportadores y/o importadores que requieran garantizar los bienes o servicios que en su caso deban prestar.

En efecto, por un lado se otorgan a personas morales que tienen como actividad económica primordial, el realizar exportaciones nacionales de bienes o servicios y que deban de cumplir dichas obligaciones fuera del territorio nacional, incluyendo aquellas pólizas que se otorguen como contra garantía.

Por otro lado, se otorgan este tipo de fianzas a proveedores extranjeros de bienes o servicios que deban cumplir obligaciones con empresas residentes en México. Cabe destacar que en cualquier otro caso distinto a los antes mencionados, se requerirá la previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la que podrá otorgarse tomando en cuenta las necesidades de servicio y las condiciones económicas que imperen en el país.

c).- *Por reafianzamiento tomado.* A este tipo de garantía también le podríamos llamar reafianzamiento internacional, y se otorga como su nombre lo dice, en caso de que una Institución Afianzadora Nacional haya asumido responsabilidades en divisas o moneda extranjera y que deba ser cumplida en territorio nacional. Asimismo, se otorga a Instituciones Afianzadoras Extranjeras, concretamente en aquellas operaciones donde las obligaciones a garantizar y sus efectos se llevan a cabo por personas extranjeras, o por personas Nacionales, pero que necesariamente se deberán de cumplir en el extranjero.

5.- FIDEICOMISOS DE GARANTÍA.

Concepto.

Este tipo de contrato, es aquél por virtud del cual, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago⁶⁶. Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

Conviene destacar en este apartado la crítica al concepto legal del fideicomiso de garantía, hecha por el Lic. **JUAN SUAYFETA OZAETA** en su artículo publicado en la página de Internet intitulado **LAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. NUEVO E IRRESPONSABLE ATENTADO A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISO** quien sostiene básicamente lo siguiente: “... *Ahora bien, si el*

⁶⁶ Artículo. 365 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Sista, 2006.

Nota: Texto según el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23-V-00.

fideicomiso de garantía es, conforme al artículo 395 de la ley reformada, aquel que se constituye "con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" y son múltiples los tipos de obligaciones susceptibles de ser garantizadas con fideicomiso, pero esa definición por la amplitud con que está concebida, no delimita el tipo de obligaciones a que se refiere, se tiene que entender que las nuevas disposiciones serán aplicables a todos los fideicomisos que garanticen cualesquiera clase de obligaciones, lo cual hace evidente que los autores de las reformas y adiciones no estuvieron en aptitud de percibir, que para los fideicomisos que garanticen obligaciones que no sean precisamente crediticias, no les puede ser aplicable el régimen conformado por esas nuevas estipulaciones. En la defectuosa redacción del precepto se cometió el error de no dejar claro que lo que se intentaba era solamente referirse a aquellas obligaciones consistentes en pago de créditos, adeudos o préstamos de dinero, o dicho de otra manera, para aquellos fideicomisos que sustituyen, para efectos de garantía a la prenda o a la hipoteca...'⁶⁷

Antes de avanzar con nuestro trabajo, debemos recordar los elementos personales de este tipo de contrato, y son a saber los siguientes:

Fideicomitente.- Persona que, en el contrato de fideicomiso, destina o afecta ciertos bienes a un fin lícito y determinado.

Fiduciario.- Aquella institución que cuenta con autorización específica para llevar a cabo operaciones de fideicomiso y que es a quien se encomienda su realización.

Fideicomisario.- Persona que tiene capacidad necesaria para recibir el beneficio que resulta del objeto del fideicomiso.

⁶⁷ Página de Internet <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/2/leg/leg7.htm>

De la anterior definición, tenemos que este tipo de contrato, sirve para garantizar al fideicomisario, el cumplimiento de una obligación, generalmente de pago, mediante la transmisión de la propiedad de ciertos bienes del fideicomitente que serán administrados por una institución denominada fiduciaria.

Objeto.-

La finalidad principal de estos contratos es garantizar con derechos, bienes muebles o inmuebles el cumplimiento de obligaciones donde el propietario de los mismos los transmite en propiedad al Fiduciario para que éste los administre y custodie siempre y cuando no se presente el incumplimiento a la obligación garantizada. El propietario original de los bienes en algunos casos conserva el derecho a la posesión y el uso de los mismos, y únicamente en caso de que se presente un incumplimiento en la obligación garantizada, el Fiduciario de conformidad con los términos pactados en el contrato, procederá a adjudicarlos al acreedor, o bien, procederá a realizar la venta de los mismos y con su producto pagará la obligación incumplida.⁶⁸

Ahora bien, el contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar es escritura pública siempre que tenga por objeto, bienes inmuebles, y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión (UDI'S), las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público.⁶⁹

⁶⁸ Cfr. http://dsrefa01.hsbc.com.mx/aptrix/internetpub.nsf/Content/E_Fideicomisos

⁶⁹ Artículo 407, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, op cit.

Dentro de las características especiales de este tipo de contratos, podemos identificar las siguientes: Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad comercial preponderante a la que se dedique. En su caso, los fideicomitentes, además, deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios (beneficiarios del fideicomiso), a cuyo efecto deberá estipularse el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.⁷⁰

Un mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores, a cuyo efecto el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, dentro de los 10 días siguientes a que esto ocurra, quedando sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público, a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago. A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso. El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.⁷¹

⁷⁰ Artículo 397, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, op cit.

⁷¹ Artículo 398, Idem.

Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, las entidades siguientes: a) Instituciones de crédito; b) Instituciones de seguros; c) Instituciones de fianzas; d) Sociedades financieras de objeto limitado, y e) Almacenes generales de depósito.⁷² En consecuencia, cualquiera de las instituciones mencionadas anteriormente, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley.

Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.⁷³

En el caso de que se trate de hacer efectivos los derechos derivados de fideicomisos que tengan por objeto bienes muebles, salvo pacto en contrario, el fideicomitente podrá entre otras cosas: a) Hacer uso de los bienes fideicomitados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión; b) Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y c) Enajenar los bienes fideicomitados en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo

⁷² Artículo 399 íbidem.

⁷³ Artículo 401, op. Cit.

caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes. El derecho otorgado al fiduciario para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra. En caso de que los bienes pignorados representen más del 80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del Juez o del acreedor, según sea el caso.⁷⁴

Asimismo, si las partes establecen en el contrato de fideicomiso que en caso de que en el contrato respectivo se establezca que los bienes afectos en fideicomiso distintos al suelo deban estar asegurados por una cantidad que alcance a cubrir su valor de reposición, el deudor tendrá la facultad de determinar la compañía aseguradora que se encargará de ello. En el mencionado seguro deberá designarse como beneficiario al fiduciario.

Una de las obligaciones primordiales del fiduciario es la de utilizar las cantidades que reciba de la institución de seguros, para liquidar el saldo insoluto del crédito a favor del fideicomisario y en caso de existir algún remanente, el fiduciario deberá entregarlo al fideicomitente.

A nuestro entender, existen dos supuestos en el contrato de fideicomiso, respecto de la posesión de los bienes, y éstos son a saber los siguientes:

Los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitados, corre por cuenta de la parte que esté en posesión de los

⁷⁴ Artículo. 402, idem.

mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general. De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitidos disminuye de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario.

Por otro lado, si corresponde al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitidos, éste tendrá la obligación de conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario, y en este caso, serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitidos. Si los bienes fideicomitidos se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.

Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía, prescriben en tres años contados desde que la obligación garantizada pudo exigirse. En este caso se extinguirá el derecho de pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.⁷⁵

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de los

⁷⁵ Artículo. 409 idem.

fideicomisos de garantía, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles. Cuando el fideicomiso de garantía tenga por objeto bienes inmuebles, o muebles e inmuebles, la inscripción de los actos a que se refiere el párrafo anterior deberá hacerse en el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes inmuebles o, en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.

Sin embargo, las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Siendo irrenunciable éste derecho de las partes, por disposición expresa de la ley.⁷⁶

Dado que nuestro trabajo se refiere a la materia de fianzas, nos permitiremos transcribir las reglas publicadas por el Banco de México, a las que deberán sujetarse las instituciones de fianzas al actuar como fiduciarias, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de abril de 2000.

REGLAS A LAS QUE DEBERÁN SUJETARSE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS AL ACTUAR COMO FIDUCIARIAS.

Primera.- *Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, se abstendrán de celebrar operaciones con la propia*

⁷⁶ Artículo. 412 ibidem.

institución en cumplimiento de fideicomisos, salvo en el caso a que se refiere el segundo párrafo de la fracción XV del artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o cuando cuenten con la autorización del Banco de México.

Segunda. *Los fideicomisos a que se refieren las presentes reglas no podrán exceder del plazo de la o las obligaciones principales.*

Tercera. *En el desempeño de los fideicomisos a que se refieren las presentes reglas, las instituciones de fianzas deberán cerciorarse, en todo momento, de la existencia de la obligación principal objeto de la garantía, así como de los bienes que integran dicha garantía, y de que se conserve la proporción convenida entre el valor de los bienes que integren el patrimonio fideicomitado y el saldo insoluto de la obligación garantizada.*

Cuarta. *En los contratos en que se hagan constar los fideicomisos a que se refieren las presentes reglas, deberá establecerse que las instituciones de fianzas hicieron saber al acreedor de manera fehaciente que la fiduciaria no responde del cumplimiento de la obligación principal.*

Asimismo, las instituciones de fianzas deberán cerciorarse que los acreedores conozcan de manera detallada los términos y condiciones de los fideicomisos de garantía, las características de los bienes que integren el patrimonio del fideicomiso, así como los eventos que causen una disminución importante del valor de la garantía.

Quinta. *Las instituciones de fianzas requerirán autorización previa del Banco de México para actuar como fiduciarias en fideicomisos que garanticen el pago de valores que sean objeto de oferta pública e intermediación en el exterior.*

Sexta. *Los fondos que reciban las instituciones de fianzas actuando como fiduciarias que no se inviertan de manera inmediata conforme a los fines del fideicomiso de que se trate, deberán ser depositados en una institución de crédito a más tardar el día hábil siguiente al que se reciban, en tanto se aplican al fin pactado en el contrato de fideicomiso respectivo.*

De realizarse el depósito en una institución de crédito que forme parte del grupo financiero al cual pertenezca la fiduciaria, ésta deberá pactar que dicho depósito devengue la tasa más alta que la institución de crédito pague por operaciones al mismo plazo y monto similar, en las mismas fechas en que se constituya el depósito.

Séptima. *Las instituciones de fianzas deberán proporcionar a la Dirección de Información del Sistema Financiero del Banco de México, información relativa a los fideicomisos que celebren en los formatos que les dé a conocer tal Dirección.*

TRANSITORIO

ÚNICO.- *Las presentes reglas entrarán en vigor el 5 de abril del 2000.*

México D. F., a 31 de marzo del 2000

Recapitulando, tenemos que el "fideicomiso de garantía", como su nombre lo indica, se utiliza para garantizar el cumplimiento de obligaciones,

principalmente crediticias. por lo general, es traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea en cuanto a suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la tasa del interés, los intereses moratorios, los casos de vencimiento anticipado de la obligación, porque el deudor no cumpla puntualmente con un cierto número de pagos periódicos de intereses, o deje de pagar los impuestos o cargas fiscales, tratándose de inmuebles; previene el procedimiento que debe seguirse para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando los requisitos de publicaciones, deducciones al precio cuando la venta no se realiza en la fecha señalada, etc. El "fideicomiso de garantía" que recae sobre inmuebles, en forma igual a la de los demás fideicomisos relativos a esta especie de bienes, requiere para su celebración el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en los términos del artículo 2o. del Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional.

El "fideicomiso de garantía" ha venido a desplazar, en gran medida, a la hipoteca, y a hacer más sencillo, ágil y seguro el manejo del crédito. Aisladamente se ha expresado la opinión de que esta clase de fideicomiso pugna con nuestro sistema constitucional, y que la facultad de vender acordada al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales, opinión que por razones que no es del caso detallar aquí, nos parece equivocada.

6.- OTROS CONTRATOS SEMEJANTES A LA FIANZA.

En nuestro sistema jurídico existen otros contratos garantía que se asemejan a la fianza, o que tienen relación directa con la misma, es decir; que tienen como finalidad el garantizar una obligación cuando la capacidad garante del fiador principal resulta ser insuficiente o por disposición expresa de la ley, se deba recurrir a las mismas, nos referimos al contrato de reafianzamiento, de cofianzamiento, o de reafianzamiento financiero, en su caso.

Este tipo de contratos, son por naturales actos que se consideran mercantiles y que tienen por fin primordial, el responder, ya sea solidaria o mancomunadamente de la obligación garantizada por el afianzador principal, creando una mayor certeza en el beneficiario, acerca de la obtención de las garantías en caso de incumplimiento futuro por parte del fiado a las obligaciones pactadas con dicho beneficiario

DEFINICIÓN DE REAFIANZAMIENTO.

Para la adecuada separación de responsabilidades asumidas por la expedición de fianzas, las instituciones correspondientes podrán celebrar contratos de reafianzamiento o de cofianzamiento (artículo 32, LFIF). Para estos casos, la institución de fianzas debe contar con la aceptación por escrito de las demás instituciones de fianzas participantes en el reafianzamiento o cofianzamiento, a fin de poder expedir la fianza respectiva (artículo 33, LFIF).

El reafianzamiento es el contrato por virtud del cual una Institución de Fianzas, de Seguros o de Reaseguro debidamente facultada conforme a esta ley, (artículo 5º párrafo primero)⁷⁷ o Reafianzadoras Extranjeras registradas de acuerdo con el artículo 34 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que esta deba cubrir al beneficiario de su fianza. En el reafianzamiento la fiadora directa está obligada a obtener el consentimiento previo de sus reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su

⁷⁷ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Op. Cit.

NOTA: Como ya se dijo anteriormente, la debida autorización a que se refiere el Artículo 5º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es otorgada por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por lo que las operaciones de reafianzamiento a que se refiere esta Ley, podrán contratarse con entidades mexicanas o del extranjero.

vigencia y cualquier otra característica, así como lo relacionado con la reclamación de pólizas y las negociaciones que al efecto se lleven a cabo con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores (artículo 114, LFIF).

En los casos de reafianzamiento, cada institución participante será responsable ante la fiadora cedente por una cantidad proporcional a la responsabilidad que haya asumido y en relación con la cantidad que deba cubrirse al beneficiario de la póliza respectiva. El pago de la prima por concepto de reafianzamiento será proporcional a la cantidad que haya sido cedida. Las Reafianzadoras tendrán derecho al reembolso de las cantidades cubiertas a la reafianzada en la misma medida en que esta obtenga la recuperación de lo pagado al beneficiario de la fianza, por parte de su fiado y demás obligados. La fiadora directa esta obligada a obtener el consentimiento previo de sus Reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su vigencia y cualquier otra característica así como todo lo relacionado con la reclamación de las pólizas y las negociaciones que al efecto se lleven a cabo con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores.

Deberá informar oportunamente a las Reafianzadoras, acerca de cualquier circunstancia que conozca en relación con la obligación garantizada y las garantías de recuperación ofrecidas.

Asimismo el artículo 34 de la citada ley nos amplía más sobre el tema del reafianzamiento celebrado con instituciones extranjeras, para lo cual sostiene que para que una institución de fianzas celebre contrato de reafianzamiento con alguna entidad del exterior, facultada en su país para realizar este tipo de operaciones, será necesario que esta última se encuentre inscrita en el Registro General que para tal efecto, llevará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con las reglas de carácter general que dicte la propia Secretaría, inscripción que se otorgará o en su caso se negará

discrecionalmente, a las reafianzadoras de primer orden del exterior que, a su juicio, reúnan los requisitos de estabilidad y solvencia para efectuar las operaciones de reafianzamiento.

De lo anterior, tenemos que los interesados en obtener el permiso referido, deberán presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos que para operar con instituciones de fianzas mexicanas exija la ley del país de su domicilio, así como acreditar que cuentan con la calificación mínima que determine la propia Secretaría, otorgada por parte de una empresa calificadora especializada y presentar los informes que la misma les solicite respecto a su situación financiera y los demás necesarios para comprobar los requisitos señalados en el párrafo anterior. Del mismo modo están obligadas a presentar a la mencionada Secretaría, los informes que ésta les solicite, dentro del plazo que para esos efectos les conceda. Otra de las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es la cancelar discrecionalmente el registro, previa audiencia de la interesada, cuando la reafianzadora deje de satisfacer o de cumplir los requisitos u obligaciones establecidos por las disposiciones legales y administrativas aplicables. La Ley señala que el pago de la prima por concepto de reafianzamiento será proporcional a la cantidad que haya sido cedida.

Aún cuando la ley no hace referencia expresa a la existencia de diferentes tipos de reafianzamiento, en la práctica, tenemos que se dan los siguientes casos:

a). *Reafianzamiento Automático*. Este tipo de reafianzamiento, se presenta generalmente con empresas con las cuales ya se tienen acuerdos de aceptación de compartir con determinada Institución de Fianzas en determinadas proporciones, la responsabilidad de las obligaciones

garantizadas por ésta. Legalmente, el reafianzamiento deberá realizarse de preferencia con instituciones mexicanas y sólo en caso de que éstas manifiesten por escrito que no desean o no pueden contratarlo, se podrá realizar con instituciones que operen en el extranjero, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b). Reafianzamiento Cedido. Este tipo de reafianzamiento, se da cuando la Institución de Fianzas designa a la empresa que compartirá la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la obligación y ésta lo acepta, y;

c). Reafianzamiento Tomado. Este consiste en la respuesta de aceptación del reafianzamiento que otra institución de fianzas propone a la Institución fiadora original.

DEFINICIÓN DE COFIANZAMIENTO.

Hay cofianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un mismo fiado. En el cofianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones cofianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía ⁷⁸

Las instituciones de fianzas solo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prorroga, y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la secretaria de hacienda y crédito publico y la

⁷⁸ Artículo 116, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op. cit.

comisión nacional de seguros y fianzas. El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. en caso de pérdida o extravió, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor. La devolución de una póliza a la institución que la otorgo, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.⁷⁹

Asimismo, la propia ley de la materia en su artículo 9º, establece que son organizaciones auxiliares de fianzas los consorcios formados por instituciones de fianzas autorizadas, con objeto de prestar a cierto sector de la actividad económica un servicio de fianzas de manera habitual, a nombre y por cuenta de dichas instituciones afianzadoras, o de celebrar en representación de las mismas, los contratos de reafianzamiento o cofianzamiento necesarios para la mejor distribución de responsabilidades. Los consorcios a que se refiere la ley, serán organizados como sociedades, previa autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, y sus operaciones se registrarán por las disposiciones de esta ley que les sean aplicables y por las reglas de carácter general que al efecto dicte la citada Secretaría. Así mismo, dichos consorcios estarán sujetos a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por lo que las instituciones afianzadoras que formen un consorcio, se obligaran en los términos y proporciones que convengan.

DEFINICIÓN DE REASEGURO FINANCIERO. Por reaseguro financiero se entiende el contrato en virtud del cual una empresa de fianzas, en los términos del artículo 114 de la ley de la materia, realiza una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, pactando como parte de la operación la posibilidad de recibir financiamiento del

⁷⁹ Artículo 117, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op. cit.

reasegurador o reafianzador. La institución que reafiance estará obligada, en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada, con objeto de que esta cumpla sus obligaciones como fiadora. La falta de provisión oportuna hará responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la reafianzada.

Las instituciones de fianzas solo podrán celebrar operaciones de reaseguro financiero en los siguientes términos. En la realización de operaciones de reaseguro financiero, las instituciones de fianzas se sujetarán a las bases siguientes, así como a las reglas de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las cuales buscarán que en este tipo de operaciones se preserve la solvencia de las instituciones. La contratación de cualquier tipo de operación de reaseguro financiero estará sujeta a la autorización que otorgue la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, con base en lo previsto en la ley Federal de Instituciones de Fianzas y en las reglas respectivas; el consejo de administración de la Institución de Fianzas tendrá la responsabilidad de revisar y aprobar las operaciones de reaseguro financiero que pretenda efectuar la Institución, de manera previa a que estas sean sometidas a la consideración de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para su aprobación; en las reglas referidas anteriormente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, establecerá los criterios y requisitos específicos para considerar que un contrato de reafianzamiento o reaseguro comprende una transferencia significativa de responsabilidades asumidas por fianzas en vigor, considerando, entre otros aspectos, la probabilidad de pérdida que enfrente el reasegurador o reafianzador respecto de la cartera cedida, la proporcionalidad de la pérdida entre la cedente y el reasegurador o reafianzador con relación a la prima cedida, así como la relación entre la responsabilidad cedida, el componente de financiamiento y el monto y naturaleza del contrato de reaseguro o reafianzamiento en su conjunto.⁸⁰

⁸⁰ Artículo 116, Ídem.

Del mismo modo, la realización de operaciones de reaseguro financiero con reaseguradoras o reafianzadoras extranjeras requerirá que las mismas, además de estar inscritas en el registro a que se refiere el artículo 34 de la ley de la materia, cuenten con una calificación mínima para este efecto otorgada por una empresa calificadora especializada. Dicha calificación mínima será determinada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las reglas referidas anteriormente, y el financiamiento obtenido por las instituciones de fianzas a través de la realización de operaciones de reaseguro financiero, no podrá representar más del 15% del requerimiento mínimo de capital base de operaciones de la institución, ni exceder el monto del capital pagado de la institución ajustado por el efecto neto de las utilidades y pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores.

CAPITULO TERCERO.

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA FIANZA EN MÉXICO.

1.-MARCO CONSTITUCIONAL.

En nuestro sistema jurídico el contrato de fianza encuentra su sustento legal en los artículos 1, 14, 16, 17, 50, 71, 103 fracción I, 107, 128 y 133 de la Constitución General de la República⁸¹.

Efectivamente, el artículo primero de nuestra Carta Magna⁸² sostiene entre otras garantías, la de igualdad, en los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Se sostiene que la fianza encuentra sustento en el artículo 1º de nuestra carta magna, ya que la misma se refiere a la igualdad de todo individuo, para gozar de las garantías que otorga dicha constitución, igualdad que en el caso que nos ocupa, la trataremos desde el punto de vista de la igualdad al trabajo; luego entonces, todo individuo, es libre para dedicarse a la profesión que mas le convenga, dentro de las que a nuestro trabajo importa, es el de dedicarse al afianzamiento mercantil, entendiendo a éste como aquél contrato otorgado por una persona moral, previa autorización del Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que sirve para garantizar frente a terceros, el cumplimiento de una obligación contraída por el fiado para con el beneficiario, previo pago de una prima (precio) que queda a favor de la institución garante.

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CD-ROM La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

⁸² Artículo 1, ídem.

Ahora bien, se sostiene que el artículo 14 de nuestra Constitución,⁸³ también es fundamento de la fianza, ya que prevé la garantía de legalidad que debe revestir a todo acto de autoridad, entendiendo como tal a aquella garantía que debe respetar toda autoridad en el ejercicio de sus funciones, y en el caso que nos ocupa, dicha garantía, se observa, cuando las autoridades aplican la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, atendiendo a los principios y reglas que la misma determina, ya que al ser una ley especial, contiene determinadas figuras jurídicas que aunque estén reglamentadas en otra ley, no pueden tener aplicación en materia de fianzas, ya que como se dijo, al ser una ley especial, contiene determinadas reglas y figuras jurídicas que únicamente le son exclusivas a las fianzas.

Luego entonces, para que se cumpla la legalidad, prevista en el citado precepto legal, la autoridad, al resolver los juicios seguidos por y en contra de una Institución de Fianzas, forzosamente, deberá de atender a la observancia de dicha norma, pues de lo contrario, se estaría violentando la garantía de legalidad de las Afianzadoras, es decir; deberá de cumplir con todas y cada una de las formalidades esenciales del procedimiento previstas en las leyes de la materia. Por lo que en tratándose de materia de fianzas, al derivar del derecho privado, podemos aplicar la regla de que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Por otro lado, sostenemos que el artículo 16 de nuestra Constitución,⁸⁴ también forma parte del marco Constitucional de la fianza en México, ya que el

⁸³ Artículo 14, *Íbidem*.

⁸⁴ Artículo 16, *Op Cit*.

mismo contiene entre otras, la garantía de debida fundamentación y motivación de todo acto de autoridad.

Esto es, se entiende por debida fundamentación, la correcta aplicación por parte de las autoridades de los preceptos legales aplicables a cada caso en concreto, y en materia mercantil, como es a la que pertenece el contrato de fianza, deberá ser a la interpretación exacta de la ley; mientras que por otro lado, se entiende por debida motivación, a la exposición de los razonamientos lógico jurídicos, en los que la autoridad de apoya su determinación para aplicar o dejar de aplicar cualquier precepto legal.

En lo que al caso concreto importa, tenemos, que dicho artículo constitucional, sirve de fundamento a la fianza en nuestro país, ya que de no existir ésta garantía de debida fundamentación y motivación, estaríamos en el supuesto de una total falta de Estado de Derecho, en donde las autoridades podrían aplicar las “leyes” a su total conveniencia, sin importar que su actuar, contraviniera las disposiciones Constitucionales, por lo que los gobernados, ninguna defensa tendríamos en contra de las arbitrariedades de las autoridades.

El artículo 17 Constitucional,⁸⁵ también es parte fundamental del marco Constitucional del contrato de fianza, ya que de él deriva la imparcialidad de las autoridades en la resolución de los asuntos que se sometan a su conocimiento.

Ésta garantía es relevante a nuestro trabajo de investigación, ya que como se tratara mas adelante en el capítulo respectivo, la imparcialidad de los Juzgadores, deberá ser tal que trate igual a las partes, sin que exista favoritismo ni presunción de ayuda a ninguna de las partes.

⁸⁵ Artículo 17, Íbidem

Como dijimos anteriormente, esta garantía es de vital importancia a nuestro trabajo ya que sostendremos la inconstitucionalidad del párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, precisamente, por que dicho precepto es totalmente parcial a favor de los beneficiarios. Ahora bien, entonces, al existir una desigualdad ante la ley, los Juzgadores no pueden cumplir con una de las finalidades de la Constitución que es la administrar justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Por otra parte, el artículo 50 de nuestra Constitución,⁸⁶ al depositar el poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos en un Congreso General, (integrado por dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores), también sirve de marco Constitucional al contrato de fianza en nuestro país, ya que, éste Congreso, es el encargado, entre otras cosas, de emitir la Ley que reglamenta la actividad de las Instituciones Afianzadoras de nuestros país, así como las reglas técnicas a se deberán sujetar para prestar ese servicio.

Por lo tanto, al ser el congreso el único facultado para emitir la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es por ello, que tiene relevancia en nuestro trabajo ya que si no existiera ésta facultad concedida al Congreso de la República, no existiera una reglamentación específica en tratándose de materia de fianzas, y por ende, no podría existir un control legal sobre ésta actividad comercial.

Ahora bien, por lo que respecta al artículo 71 Constitucional,⁸⁷ consideramos que éste también forma parte del marco constitucional de las

⁸⁶ Artículo 50, Ídem

⁸⁷ Artículo 71, ídem.

fianzas en nuestro país, ello en virtud de que contiene la facultad de las autoridades competentes (entiéndase Presidente de la República, Congreso de la Unión, y Legislaturas de los Estados), para iniciar y expedir leyes y decretos, así como el procedimiento para su expedición.

Efectivamente, este precepto legal forma parte importante del marco constitucional de la fianza en México, ya que de no existir, no sabríamos, quién o quienes son las autoridades legalmente facultadas para expedir las leyes que rigen la convivencia social en nuestro país. Luego entonces, sino existiera éste citado precepto legal, se podría caer en el supuesto de una arbitrariedad pues al no tener las leyes la característica de legalidad en su formación y expedición, cualquier individuo podría emitir sus propias leyes, que por consiguiente al carecer de legitimidad en su expedición, no serían vinculatorias ni mucho menos obligatorias para la sociedad.

De ahí la importancia de este precepto legal, que da fundamento a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, concretamente, al párrafo primero parte final del artículo 120 de la misma. Nuestro trabajo demostrara la inconstitucionalidad del mismo, por contener principios contrarios al espíritu de la constitución.

Por cuanto hace al artículo 103, fracción I Constitucional,⁸⁸ consideramos que este precepto legal también forma parte importante del marco constitucional, pues contiene la facultad del Poder Judicial, para conocer y resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que vulneren las garantías individuales, por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y por leyes o actos de las

⁸⁸ Artículo 103 fracción I, ídem.

autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

En otras palabras, este precepto constitucional prevé a las autoridades facultadas para resolver las controversias que se susciten por leyes o actos que vulneren las garantías individuales o que infrinjan la soberanía de los estados o del Distrito Federal con la autoridad federal y viceversa. La importancia de este precepto legal, radica esencialmente en que prevé la legalidad que debe imperar en toda sociedad, es decir; que en toda sociedad que se precie de serlo, debe de existir forzosamente una autoridad que determine el ámbito de actuación de todos los poderes para así lograr el fin último de un estado, que es el de proporcionar seguridad jurídica a sus gobernados. En vista de lo anterior, este precepto legal también da fundamento a una de nuestras leyes más importantes que cuidan de la legalidad en nuestro país, nos referimos a la Ley de Amparo, que es por mucho, uno y si no es que el mejor medio de control de la legalidad que tenemos actualmente en nuestro sistema jurídico, pues no debemos pasar por alto, que existen otros medios de control de la legalidad, los cuales solo mencionaremos por no ser parte del estudio que nos ocupa, nos referimos a la Controversia Constitucional y a la Acción de Inconstitucionalidad.

Por cuanto hace al artículo 104 fracción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁸⁹ Tenemos que se considera que es parte importante del marco constitucional de la fianza en nuestro país, ya que el mismo sirve de fundamento a todo el Poder Judicial ya sea del fuero Federal, o del fuero Local, pues son los Órganos de Gobierno encargados de interpretar y aplicar las leyes que rigen en nuestro país, dentro de las que destaca a nuestro trabajo, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

⁸⁹ Artículo 104 fracción I, *íbidem*.

El artículo 107 Constitucional⁹⁰ prevé a groso modo, los principios generales que rigen al juicio de amparo como medio de control Constitucional, y sin los cuales, no puede hablarse de un juicio de amparo como tal. Es decir, contiene los principios básicos sobre los que descansa el Juicio de Amparo, tales como el de relatividad de las sentencia, el de instancia de parte, el de suplencia en la deficiencia de la queja por lo que respecta a los conceptos de violación esgrimidos en los Amparos, etcétera.

La importancia de éste artículo, recae en que el mismos, da fundamento constitucional al Juicio de Amparo, y contiene los principios, o también llamados en la práctica, como los requisitos de procedencia del Juicio de Amparo, el cual como ya se dijo en líneas anteriores, es un medio de control de la legalidad.

Por su parte el artículos 128 Constitucional,⁹¹ contiene la obligación de todo funcionario público, sin excepción alguna, para que antes de que tome posesión de su encargo, jurará respetar y hacer respetar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como, las leyes que de ella emanen.

La relevancia de esta protesta, radica en que todo funcionario público, antes de entrar en funciones en su cargo, deberá de jurar que respetara y hará respetar a los principios que emanan de nuestra carta magna, así como las leyes reglamentarias emitidas conforme a la misma, pues de lo contrario, nuestra Constitución y sus principios ninguna razón tendrían, al no respetarse la misma.

⁹⁰ Artículo 107, íbidem.

⁹¹ Artículo 128, íbidem.

Por cuanto hace al artículo 133 Constitucional,⁹² tenemos que éste es de vital importancia al objeto del presente trabajo de investigación, ello en función de que el citado precepto legal establece la supremacía de la Constitución, de las Leyes Federales y de los Tratados Internacionales Celebrados por nuestro País, trayendo como consecuencia, la obligación ineludible de todo Juzgador, de sujetarse a los principios contenidos en nuestra Constitución, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Esta importancia de la supremacía constitucional, deviene en parte esencial de nuestro trabajo, pues como se vera mas adelante en el capítulo respectivo, el mismo prevé que todos los Juzgadores deberán de sujetarse a Ley Suprema de nuestro país, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados, y en el caso concreto, el artículo objeto de este trabajo, es inconstitucional, pues en su texto contraria a la constitución en cuanto a la igualdad jurídica, y aún así, los Juzgadores aplican el citado precepto legal, violentando flagrantemente el principio de la supremacía constitucional.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas,⁹³ es una ley de interés público, que 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 publico usuario de los servicios correspondientes.

⁹² Artículo 133, íbidem.

⁹³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950.

Efectivamente, ésta ley se aplica a las Instituciones de Fianzas, así como a todas las personas que directamente intervengan en la expedición de fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento, cofianzamiento, o reaseguros financiero

El interés público de la Ley de Fianzas, consiste en la obligación de todo Juzgador de observar y aplicar los preceptos que la componen, para lograr una impartición de justicia equitativa, y por parte de las personas que intervengan en la actividad afianzadora, éstas deberán de sujetarse a los principios , derechos y obligaciones que en la misma se contienen.

Compete 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, y será el órgano competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo relacionado con los preceptos de la citada ley y en general para todo cuanto se refiere a las Instituciones de Fianzas. Cuando así lo requiera, la S.H.C.P. podrá solicitar cuando así lo estime conveniente, la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, del Banco de México o de algún otro organismo o dependencia en razón de la naturaleza de los casos que lo ameriten, con el objeto de lograr un desarrollo equilibrado del sistema Afianzador, y una competencia sana entre las Instituciones de Fianzas que lo integran.⁹⁴

CÓDIGO DE COMERCIO.

El Código de Comercio,⁹⁵ es una legislación que regula las relaciones comerciales entre personas ya sean físicas o morales, que profesen el

⁹⁴ Artículo 1º, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, op cit.

⁹⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 07 al 13 de octubre de 1889.

comercio como su actividad económica habitual, y dentro de ésta actividad mercantil, tenemos al afianzamiento, que no olvidemos que dada su naturaleza onerosa y a que buscan un fin preponderantemente económico, cae en la regulación de éste Código.

Efectivamente el Código de Comercio, forma parte integrante del sistema afianzador de nuestro país, ya que en él se apoya la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de manera supletoria por disposición expresa de su artículo 113, para subsanar las lagunas que contiene, o dicho en otras palabras, para aplicar las disposiciones mercantiles que están fuera del texto de la citada ley, se debe recurrir a la legislación mercantil para subsanar las lagunas de la primera de las nombradas.

Es decir, si una determinada figura (procesal generalmente), no se encuentra plenamente regulada en la ley de fianzas, entonces, se debe recurrir forzosamente al Código de Comercio para complementar las disposiciones de aquella, por ejemplo, en tratándose del procedimiento seguido ante los Tribunales para hacer exigible el pago de una póliza de fianza, la ley de fianzas, sólo prevé someramente el procedimiento a seguir, pero no nos refiere las reglas a que se deberán sujetar dichos procedimientos especiales de fianzas, luego entonces, tenemos que recurrir al Código de Comercio.

Dicho en otras palabras, el Código de Comercio, es la ley procesal por excelencia, de todas las leyes mercantiles que existen en nuestro país, y siempre se debe recurrir a él, como complemento de éstas últimas.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Al igual que el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles, resulta ser una legislación supletoria de la ley Federal

de Instituciones de Fianzas, ya que contiene disposiciones que no reglamenta totalmente el ni siquiera el Código de Comercio.

Efectivamente, aunque ya mencionamos que el Código de Comercio es la ley procesal por excelencia en materia mercantil, ello no lo exime de tener lagunas procesales, tales como por ejemplo, la relativa a la aplicación de la denegada apelación, etcétera.

Por consiguiente, éstos dos últimos preceptos legales invocados anteriormente (Código de Comercio y Código Federal de Procedimientos Civiles) son un complemento a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y por ende, forman parte importantísima del marco legal de las Fianzas en México, pues si no existieran no podríamos tener una aplicación, correcta y justa de la legislación de fianzas.

***REFORMA A LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS
PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 14 DE JULIO
DE 1993.***

El 14 de julio de 1993, creó un antes y después en la legislación de fianzas de nuestro país, pues ese día se publicó en el periódico oficial, una reforma estructural a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Efectivamente, esta reforma consistió básicamente en que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establecía hasta antes de la reforma de 14 de julio de 1993 (en vigor a partir del día siguiente), que las acciones derivadas de la fianza prescribían en tres años, interrumpiéndose la prescripción por el requerimiento escrito de pago o, en su caso, por la presentación de la demanda. Conforme al texto de las reformas del aludido precepto, en los casos de afianzadoras obligadas por tiempo indeterminado, operaría la caducidad cuando el beneficiario no presente la reclamación de la

fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelve exigible. Esta exigibilidad se da a partir del primer incumplimiento del fiado a las obligaciones garantizadas.

Ahora bien, el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma señala que los procedimientos derivados de las reclamaciones contra una institución de fianzas con motivo del otorgamiento de pólizas de fianza, que se hubieren iniciado antes de la vigencia de la reforma, continuarán su trámite hasta su conclusión en los términos establecidos en la ley reformada.

Luego entonces, tenemos que las reclamaciones de pago de fianza que se hubieren iniciado antes de la entrada en vigor de la reforma en comento, continuarían su trámite hasta su conclusión, aplicando las normas previstas en la ley antes de su reforma, en tanto que si el reclamo de pago se hacía al amparo de la nueva ley, la beneficiaria goza únicamente de ciento ochenta días naturales para presentar dicho reclamo.

En el caso de que el procedimiento de reclamación contra la institución de fianzas para el cumplimiento de sus obligaciones como fiadora sea posterior, la aplicación del contenido del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que libera a la compañía afianzadora de su obligación, a consecuencia del transcurso del tiempo, y a su vez extingue el derecho del beneficiario por el transcurso de un determinado lapso, afecta un derecho sustantivo, porque otorga consecuencias jurídicas a la inactividad en el ejercicio de ese derecho, que beneficia a la afianzadora.

En otras palabras, la consecuencia directa derivada del no ejercicio de la acción de la fiadora para pretender el pago de la fianza dentro del término de 180 días posteriores a que la misma se haga exigible por incumplimiento del fiado, es la de liberar a la institución de fianzas por caducidad de la referida

póliza, es decir; la caducidad extingue la acción y libera de la obligación a la institución garante. En consecuencia, es una norma estrictamente sustantiva, porque regula una determinada situación de hecho y le otorga consecuencias jurídicas que extinguen un derecho y liberan de la obligación correlativa, por lo que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece la extinción de las obligaciones de la compañía afianzadora, ya que dispone que en los casos de afianzadoras obligadas por tiempo indeterminado, quedarán libres de su obligación por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelve exigible.

Antes de la vigencia de la reforma en comento, estaba previsto expresamente que las acciones derivadas de la fianza prescribían en tres años, interrumpiéndose por el requerimiento escrito de pago, o en su caso, con la presentación de la demanda. Luego, quien era titular de un derecho derivado de una fianza expedida con anterioridad a la vigencia de la reforma de que se trata, gozaba de tres años para intentar su acción derivada de la fianza, y por ende, la aplicación de la reforma legal restringe ese derecho que ya estaba en su patrimonio porque el incumplimiento del fiado y la exigibilidad de la fianza ya se había producido antes de la vigencia de la nueva norma.

TEXTO ACTUAL DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Actualmente el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé que dos supuestos de liberación de la las Instituciones Afianzadoras por caducidad de la obligación garantizada, la primera de ellas, se refiere al supuesto de que la Institución de Fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, caso en el cual quedará libre por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamo, dentro de la vigencia de la póliza, o ; en

su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la expiración de la vigencia de la fianza

El segundo supuesto que prevé el citado precepto legal, se refiere a las fianzas por tiempo indeterminado, y consiste en que la Institución garante, quedará libre de su obligación por caducidad de la póliza, cuando el beneficiario no presente su reclamo dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Conviene transcribir el texto actual del citado precepto legal, para robustecer lo anterior.

“Artículo 120.- Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedara liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguiente a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedara sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberara por prescripción cuando transcurra el plazo legal para

que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.⁹⁶

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN NUESTRO DERECHO.

La supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se basa fundamentalmente, en que es la norma suprema, de la cual deriva todo el orden jurídico nacional, así como la forma y organización del estado, lo cual le da el carácter de imperatividad a la misma.

Efectivamente, esté carácter de norma suprema, refleja el pensamiento de todo el pueblo, quienes a través de sus representantes, han elegido con el devenir histórico, la forma de gobierno que debe regir a nuestro país, sus órganos, funcionamiento, estructura y el orden Jurídico Nacional. Sin embargo, no es limitativo, pues nuestra carta magna es muy basta, pues la misma, también contiene los derechos fundamentales que de los gobernados y que han sido reconocidos expresamente en un documento supremo, documento, que al recolectar el sentir del común de la gente, adquiere el carácter de norma constituyente que las mas de las veces refleja ideales y no realidades.

⁹⁶ Artículo 120, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Op. Cit.

En nuestra Constitución General de la República, tal precepto se ve plenamente reflejado en el artículo 133 Constitucional,⁹⁷ tenemos que éste es de vital importancia al objeto del presente trabajo de investigación, ello en función de que el citado precepto legal establece la supremacía de la Constitución, de las Leyes Federales y de los Tratados Internacionales Celebrados por nuestro País, trayendo como consecuencia, la obligación ineludible de todo Juzgador, de sujetarse a los principios contenidos en nuestra Constitución, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Esta importancia de la supremacía constitucional, deviene en parte esencial de nuestro trabajo, pues como se vera ,as adelante en el capítulo respectivo, el mismo prevé que todos los Juzgadores deberán de sujetarse a Ley Suprema de nuestro país, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados, y en el caso concreto, el artículo objeto de este trabajo, es inconstitucional, pues en su texto contraria a la constitución en cuanto a la igualdad jurídica, y aún así, los Juzgadores aplican el citado precepto legal, violentando flagrantemente el principio de la supremacía constitucional.

NORMAS CONSTITUYENTES.

El maestro Sánchez Bringas, ha sostenido que la norma constituyente es *“... la que inicia “el deber ser”, es la primera norma y por lo mismo no es precedida por otra. En este atributo reside su cualidad Constituyente porque una vez establecida se inicia y desarrolla el orden normativo, porque crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias. La finalidad de la norma constituyente es su aplicación porque no existe para aplicar a*

⁹⁷ Artículo 133, op cit.

ninguna otra...”⁹⁸ de ahí que nuestra Constitución General de la República, es la norma principal de la cual emanan todas y cada una de las federales o locales, tratados internacionales, reglamentos, etcétera, que rigen nuestra actualidad.

NORMAS CONSTITUIDAS.

Este tipo de leyes o normas, son aquéllas que emanan de la norma constituyente, y tienen como finalidad el de reglamentar los principios básicos contenidos en ésta última, las cuales no tiene como finalidad primordial el positivizarse a través de otras normas, pues éstas son las que positivizan (dan vigencia) a la norma constituyente.

En otras palabras, el fin de las normas constituidas, es el dar validez jurídica a la norma constituyente a través de la aplicación inequívoca de los principios que en ella se contienen, y luego entonces, le darán validez a dicha constituyente, en la medida en que las leyes secundarias se apliquen correctamente, siguiendo los lineamientos señalados en la Suprema.

GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Éstas garantías o derechos de los gobernados, son aquéllas reconocidas en la norma constituyente como derechos mínimos de los gobernados que tienen que ser respetados por toda autoridad que emane de la mismas norma, luego entonces; *son los derechos que los gobernados pueden oponer a los gobernantes, con el fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por las normas de Estado*⁹⁹. El maestro Sánchez Bringas, nos señala que los Derechos del Gobernado son el género y los Derechos

⁹⁸ Sánchez Bringas, Enrique, Derecho Constitucional, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., DE C.V., México, 2004, pp 133.

⁹⁹ Ídem, pp 620.

Humanos son una especie de aquéllos.¹⁰⁰ Los sujetos obligados por las garantías del gobernado, son los órganos de gobierno hablando en el sentido amplio. Efectivamente, estas garantías, han sido creadas para que todos los órganos del Estado los respeten, es decir, se otorgan para que aseguren el respeto y protección de los derechos del hombre.

Éstas garantías o derechos de los hombres, se encuentran contempladas en Nuestra Constitución Política, concretamente en el primer capítulo intitulado Garantías Individuales, mal llamado así pues existen garantías sociales que no se encuentran reguladas en el mismo capítulo, tales como por ejemplo las garantías laborales contenidas en el artículo 123 del mismo. La doctrina las ha dividido para su estudio, en garantías de propiedad, garantías de igualdad, garantías de seguridad jurídica y garantías de libertad, aunque también existen las garantías sociales, entendiendo por éstas últimas, como aquellos derechos conferidos a una clase social determinada, por lo que de ellas no gozan todos los gobernados, sino únicamente ese núcleo social a quien están dirigidos.

Dentro de éste tipo de garantías podemos destacar un sinnúmero, sin embargo, nos referiremos únicamente a las garantías de igualdad jurídica y de imparcialidad, pues son las que importan a nuestro trabajo.

GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD.

Esta garantía se puede entender como aquél derecho que tiene todo gobernado para que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido. Encuentra su fundamento en el artículo 17 constitucional, y es una

¹⁰⁰ Ídem, pp 625.

condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en la tesis 1a. CXVII/2005, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, Octubre de 2005, Página: 697 de rubro IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, señala que “...*el referido principio debe entenderse en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el Juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido...*”

De todo lo anterior, tenemos que la garantía de imparcialidad, consiste básicamente el derecho constitucional que tiene todo gobernado para que el juzgador emita una resolución, apegada a derecho, sin que exista favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.

GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA.

El maestro Sánchez Bringas, refiere que los derechos de igualdad prohíben la discriminación de los seres humanos y pugnan por el trato digno del hombre y por su igualdad ante la ley.¹⁰¹ Por lo que toda autoridad tiene la

¹⁰¹ Cfr. Sánchez Bringas, Enrique, op. Cit. PP. 631

obligación ineludible de dar un trato igual a todos los gobernados sin distinción alguna, por razón de raza, sexo, condición social, creencia religiosa, etcétera.

Ésta garantía encuentra su fundamento constitucional en los artículos 1º, 2º, 4º 12º y 13º de nuestra Ley Suprema. El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a una igualdad de trato ante la ley, la igualdad es un concepto relacional y no una cualidad intrínseca de los gobernados, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "comparaciones", las cuales, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista de la igualdad. El fin primordial de esta garantía, es el de evitar la presencia de órganos de gobierno que favorezcan o perjudiquen a una persona, por lo el gobierno, deberá de dar un trato igualitario a todos los gobernados.

La igualdad jurídica, como ya se dijo, consiste en igualdad de trato ante la ley por lo que ninguna persona puede ser juzgado por leyes privativas y éstas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica. Es decir, las leyes privativas están prohibidas por nuestra ley suprema, por lo que cualquiera que sea expedida con ese carácter, será tildada de Inconstitucional, al atentar contra los principios de la norma Suprema.

MEDIOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN.

En este apartado analizaremos someramente los diferentes medios de control que la propia constitución prevé, para su estudio, los dividiremos en tres grupos, así tenemos los medios de autocontrol como tales, previstos en el artículo 133 Constitucional, los medios Administrativos de autocontrol y, los medios jurisdiccionales.

Los medios de autocontrol de la Constitución, son aquellos que la propia norma suprema prevé para permitir el control de la validez de las normas que de ella emanen, “... son instancias que resuelven inductiva o coercitivamente, la anulación de las normas que carecen de validez; se denominan medios de control de la validez normativa...”¹⁰²

Estos medios de autocontrol de la Constitución, encuentran su sustento jurídico en el artículo 133, el cual nos refiere el principio de supremacía de la Constitución, por lo que todas las leyes, tratados internacionales, decretos, reglamentos, circulares y en general deberán de sujetarse a los principios establecidos en nuestra Norma Suprema. Ahora bien, tenemos que en los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozara de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Se considera que es un medio de control de la Constitución, ya que es el fundamento legal de todo el sistema Jurídico Nacional, pues de no existir éste, las garantías de los gobernados, simplemente carecerían de aplicación, al ser letra muerta, es decir; no serían aplicables pues no tendríamos la certeza jurídica de las personas que pueden hacer uso de esos derechos ahí instituidos, y mas aún, nadie estaría obligado a respetarlos como tales.

Por cuanto hace al artículo 128 Constitucional, éste prevé la protesta de ley que deberá hacer todo funcionario público antes de tomar posesión de su

¹⁰² Sánchez Bringas, Enrique, Op, cit. pp. 666.

cargo. La importancia de ésta protesta, radica en que el Servidor Pública, deberá de respetar la Constitución y las leyes que de ella emanen, inclusive, deberá hacer respetar dicha norma, para lograr el fin primordial de toda sociedad, que es la de convivencia de los individuos, en la que se respeten los derechos de todos. Por su parte el artículo 133 de la norma Suprema, señala que la misma es la ley suprema de toda la unión, por lo que nada ni nadie puede estar por encima de la Constitución, y las leyes que de ella emanen, así como los Tratados Internacionales Celebrados por nuestra Nación, deberán forzosamente, ajustarse a los principios ahí contenidos.

Los preceptos constitucionales transcritos, contienen el imperativo constitucional que no sólo obliga a los jueces de los Estados, sino a toda autoridad, de aplicar siempre los principios constitucionales, ante la discrepancia de una norma secundaria y la norma suprema, sin que ello implique la nulidad de la norma secundaria, pues para ello, la propia constitución prevé mecanismos para obtener tal nulidad.

MEDIOS ADMINISTRATIVOS (COMISIONES).

Estos medios de control de la constitucionalidad consisten básicamente en la formación de determinadas comisiones, propiciando la constitución con éstas, que las autoridades contraventoras de la misma, enmienden sus actos invalidando las normas que produjeron de esa manera, sustituyéndolas por otras que sean legalmente válidas.

El maestro Sánchez Bringas,¹⁰³ sostiene que este mecanismo, al no ser vinculatorio ni determinante de la nulidad de los actos inconstitucionales, ve reducida su eficacia práctica, porque sólo se atiende a la autoridad moral del

¹⁰³ Op. Cit. pp. 668

órgano que desarrolla el control, a la fuerza de la opinión pública, y a la buena disposición de la autoridad responsable.

Efectivamente, este tipo de control de la constitucionalidad, al no tener el carácter coercitivo de todo acto jurisdiccional, no puede ser vinculatorio entre las partes, por lo que en todo caso, siempre estará supeditado al cumplimiento voluntario de las partes, es decir; puede ser o no cumplido.

Luego entonces, aún y cuando en su espíritu es un medio de control de la constitucionalidad, en la realidad, consideramos que es ineficaz, pues no contiene el carácter coercitivo de todo procedimiento.

Por ejemplo, tenemos que en los juicios políticos, el presunto infractor de la constitución, antes de que pueda ser puesto a disposición de la autoridad correspondiente, previamente debe ser desaforado por la comisión que en su momento integre el Congreso de la Unión, razón por la cual, la mayoría de las veces, se determinan, como improcedentes las imputaciones realizadas, y como ya se dijo, al no existir un medio coercitivo que obligue a los presuntos infractores a acudir ante las autoridades jurisdiccionales, quedando al pleno arbitrio y voluntad de la mismas, el que sea procesado conforma a las leyes comunes.

MEDIOS JURISDICCIONALES.

Por otro lado, tenemos a los medios jurisdiccionales de control de la constitución, éstos medios, a diferencia de los medios administrativos, si tienen la característica de todo procedimiento judicial, es decir, las resoluciones que en su momento se lleguen a dictar, por ser emitidas por una autoridad judicial, pueden ser cumplimentadas coercitivamente, utilizando los medios que señalan las leyes aplicables.

Efectivamente, la característica principal de estos medios de control de la constitucionalidad, es la fuerza coercitiva que en su momento puede ser ejercitada por la vencedora en el juicio, pues al ser una autoridad jurisdiccional la que emite dicha resolución, ello la faculta expresamente para que pueda hacer uso de los medios legales para lograr su cumplimiento.

Dentro de estos medios de control de la constitucionalidad tenemos a los siguientes:

JUICIO DE AMPARO

Aquí conviene señalar que éste juicio, ha traído muchos debates sobre si es un juicio o un recurso, pero como nuestro trabajo se limita a demostrar la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que a no entraremos en la polémica y sólo nos referiremos a dicho medio de control, como un juicio.

Este tipo de medio de control, tiene dos fines primordiales, por un lado esta el servir como medio de control de la legalidad, y por otro, sirve como medio de defensa de las garantías de los gobernados. Dado el vasto estudio que se tendría que hacer para dilucidar la naturaleza de cada uno de los fines, sólo diremos, que como medio de control de la constitucionalidad, es realmente eficaz, pues, es un juicio que sirve como medio de defensa a quienes recientan alguna violación manifiesta a los principios Constitucionales.

Efectivamente, es un juicio, que sirve como medio de defensa de la constitución, cuando las autoridades de cualquier índole, cometen violaciones manifiestas a los principios fundamentales comprendidos en ella misma, por lo que nuestra constitución, previendo las violaciones, creó este tipo de juicio,

para que sea una autoridad jurisdiccional, la que determine, si en su caso hay o no violación a la norma suprema.

El maestro Burgoa¹⁰⁴ señala que la finalidad del juicio de amparo esencial es “... *la protección de Las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los estados, extiende su tutela a toda la constitución a través de la garantía de legalidad, consagrada en el artículo 16...*” continua sosteniendo el maestro Burgoa “... *de ahí que el control de la constitución y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran la teleología esencial del juicio de amparo...*”¹⁰⁵

El juicio de amparo, tiene su fundamento legal, en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en su ley reglamentaria.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

A la par del juicio de amparo, tenemos como otro medio de control de la constitucionalidad, a las Acciones de Inconstitucionalidad. Podemos definirla como un medio de control de la constitucionalidad, de tipo judicial, uninstancial, y de carácter abstracto, que se plantea a través de un procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por minorías Parlamentarias, por Partidos Políticos con Registro Federal o Estatal o por el Procurador General de la República, en el cual se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por otra parte, en el que se solicita la declaración de invalidez de

¹⁰⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, el Juicio de Amparo, 41ª Edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V., México, 2005, pp 144.

¹⁰⁵ Op., Cit. pp 144

la norma o del tratado impugnados con otros efectos generales, a fin de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que la Acción de Inconstitucionalidad no es idónea para reclamar las Omisiones Legislativas derivadas de no ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios a las disposiciones que modificaron el texto de una Constitución Estatal, sobre la base de que el procedimiento únicamente puede intentarse contra la posible contradicción entre la Constitución Federal y una norma General que haya sido promulgada y publicada en el medio Oficial correspondiente, pues a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la Constitucionalidad de la norma, que obviamente requiere haber pasado por el proceso legal de su creación lo cual deja fuera la posibilidad de reclamar la omisión legislativa.

El fundamento constitucional de este medio de control esta previsto en el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.

Otro de los medios de control de la constitucionalidad en el sistema mexicano que se destaca son las Controversias Constitucionales cuyos procedimientos planteados en forma de juicio conoce en una Instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación los cuales tienen como objetivo (1) solucionar conflictos que con motivo de la constitucionalidad de normas generales o individuales, se susciten entre a) Distintos órdenes jurídicos; b) órganos de distintos órdenes jurídicos; c) órganos del mismo orden jurídico; (2) o bien para solucionar los problemas “de la ejecución de los Decretos emitidos por la Cámara de Senadores que resuelvan diferencias contenciosas sobre

limites de los Estados” todo lo anterior con la finalidad de “preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política. Se exceptúan de esta acción, las controversias en materia electoral.

El fundamento constitucional de este medio de control esta previsto en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

MEDIOS LEGISLATIVOS.

El último medio de control de la constitucionalidad, se refiere a los Medios Legislativos que prevé la propia Constitución, para el estudio de éstos, nos remitiremos a las consideraciones que al respecto hace el maestro Sánchez Bringas,¹⁰⁶ Al efecto nos señala el autor, que en cuanto al órgano encargado de declarar la Inconstitucionalidad de las leyes federales, Estatales o del Distrito Federal así como de los tratados Internacionales, que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque el control que ejerce es jurisdiccional, dada la naturaleza del acto de control resultan ser medios meramente legislativos.

Por otro lado, con el objeto de que los Tribunales Federales estén en aptitud de cumplir con sus atribuciones, la propia Constitución, ha creado, al poder legislativo, que es el encargado, de crear, modificar, y expedir las leyes que rigen a nuestra sociedad, y que encuentran su fundamento en el artículo 73 de la Norma Suprema. Dicha facultad para expedir leyes, consiste en dar validez a la norma constituyente y por ende en lograr una real aplicación a los postulados de la misma.

¹⁰⁶ Cfr. op cit. pp. 676

CAPITULO CUARTO.
**INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO PRIMERO PARTE FINAL
DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE
FIANZAS.**

1.-CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Debemos entender por constitucionalidad, a todo aquél acto de autoridad que esta emitido conforme a los principios y fundamentos contenidos en nuestra Constitución Política, pues ésta es precisamente nuestra ley suprema, de la cual deriva todo el orden jurídico nacional, así como la forma y organización del estado, lo cual le da el carácter de imperatividad a la misma.

Ahora bien, por inconstitucionalidad, se entiende a todo aquél acto de autoridad, contrario a los postulados de la Norma Constitucional. Esto en cuanto al acto de autoridad emitido conforme a la constitución, si lo es no podrá ser tildado de Inconstitucional, pues precisamente en ese aspecto descansa el principio de Supremacía Constitucional.

Esto es el principio de supremacía constitucional, “... *reafirma el carácter de norma constituyente de la carta magna... determina la validez de las normas que derivan de ella...*”¹⁰⁷ por lo que en consecuencia, por encima de la constitución no puede existir ningún acto de autoridad, ordenamiento o persona, y si en su caso, llegara a existir, atentaría contra el principio de supremacía de la constitución, y haría Inconstitucional tal hecho o acto.

En el caso concreto, tenemos que se determina que el artículo 120, párrafo primero parte final, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas,

¹⁰⁷ Sánchez Bringas, Enrique, Derecho Constitucional, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., DE C.V., México, 2004, pp 191.

resulta ser Inconstitucional, es decir, atenta contra los principios de igualdad jurídica ante la ley, pues, ése precepto legal, establece prerrogativas a favor de los fiados, y al concederles dos momentos para hacer su reclamo por obligaciones derivadas de fianzas emitidas con una vigencia determinada, lo cual, como se dijo es totalmente contraria a los postulados de la Constitución, y por ende resulta ser inconstitucional.

Efectivamente, esté carácter de norma suprema, refleja el pensamiento de todo el pueblo, quienes a través de sus representantes, han elegido con el devenir histórico, la forma de gobierno que debe regir a nuestro país, sus órganos, funcionamiento, estructura y el orden Jurídico Nacional. Sin embargo, no es limitativo, pues nuestra carta magna es muy basta, pues la misma, también contiene los derechos fundamentales de los gobernados y que han sido reconocidos expresamente en un documento supremo, que al recolectar el sentir del común de la gente, adquiere el carácter de Ley Suprema que refleja ideales y no realidades.

En nuestra Constitución General de la República, tal precepto se ve plenamente reflejado en el artículo 133 Constitucional,¹⁰⁸ éste es de vital importancia al presente trabajo que es objeto de ésta investigación, ello en función de que el citado precepto legal establece la supremacía de la Constitución, de las Leyes Federales y de los Tratados Internacionales Celebrados por nuestro País. Trayendo como consecuencia, la obligación ineludible de todo Juzgador, de sujetarse a los principios contenidos en nuestra Constitución, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

¹⁰⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13ª Edición, Editorial Ediciones Fiscales Isef, S.A. 2007, pp 101.

Esta importancia de la supremacía constitucional, deviene en parte esencial de éste trabajo, pues como se vera mas adelante, prevé que todos los Juzgadores deberán de sujetarse a Ley Suprema de nuestro país, aún a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados, y en el caso concreto, el artículo objeto de este trabajo, es inconstitucional, pues en su texto contraría a la Constitución en cuanto a la igualdad ante la ley, y aún así, los Juzgadores aplican el citado precepto legal, violentando flagrantemente el principio de la Supremacía Constitucional.

El maestro Sánchez Bringas, ha sostenido que la Constitución, entendida por el citado autor como Norma Constituyente, es “... *la que inicia “el deber ser”, es la primera norma y por lo mismo no es precedida por otra. En este atributo reside su cualidad Constituyente porque una vez establecida se inicia y desarrolla el orden normativo, porque crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias. La finalidad de la norma constituyente es su aplicación porque no existe para aplicar a ninguna otra...*”¹⁰⁹ de ahí que nuestra Constitución General de la República, es la norma principal de la cual emanan todas y cada una de las leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos, etcétera, que rigen nuestra actualidad.

Esto es, la Constitución es la norma suprema que refleja el sentimiento e ideales de los hombres “...*la norma constituyente tiene validez jurídica sólo en la medida en que alcanza positividad en las normas inferiores; su validez, depende de la circunstancia de que se aplique...*”¹¹⁰ ” esto es, una norma constituyente como tal, tiene plena validez desde su expedición, mas sin embargo, carece de eficacia hasta en tanto no sean expedidas las leyes secundarias que reglamenten los principios básicos contenidos nuestra norma suprema.

¹⁰⁹ Sánchez Bringas, Enrique, Derecho Constitucional, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., DE C.V., México, 2004, pp 133.

¹¹⁰ Op, cit. 133.

Por lo que respecta a las normas constituidas o también conocidas como leyes secundarias, éstas, emanan de la Norma Suprema (Constitución) y tienen como fin primordial reglamentar los principios básicos contenidos en ésta última, las cuales no tienen como finalidad primordial el positivizarse a través de otras normas, sino que por el contrario, éstas son las que positivizan a la norma constituyente.

En otras palabras, las normas constituidas o secundarias tienen como fin específico, el dar eficacia jurídica a la Constitución a través de la aplicación inequívoca de los principios que contiene, por lo que Nuestra Constitución, tendrá mayor validez en la medida en que las leyes secundarias se apliquen correctamente, siguiendo los lineamientos señalados en la Invocada Constitución.

Por lo que importa al tema de este trabajo, tenemos que el artículo 120 párrafo primero de la ley Federal de Instituciones de Fianzas, viola en perjuicio de las Instituciones de Fianzas del País, sus garantías de igualdad jurídica ante la ley, ya que ese precepto legal, va en contra de nuestra Constitución al señalar en el caso de las fianzas emitidas por tiempo determinado, el beneficiario, tendrá dos momentos para presentar su reclamación con cargo a la fianza, siendo el primero de ellos, precisamente, dentro de su propia vigencia, y el segundo momento, dentro de los ciento ochenta días posteriores al término de la vigencia de la fianza, esto como ya se dijo, por cuanto a las fianzas por tiempo determinado que establece ese precepto legal. Ahora bien, por cuanto hace a las fianzas por tiempo indeterminado, el mismo precepto legal, establece que en este caso, los beneficiarios, contarán con un término de ciento ochenta días para presentar su reclamación, con cargo a la fianza, contados a partir de que la fianza se vuelva exigible por incumplimiento del fiado.

Se sostiene la Inconstitucionalidad de ese precepto legal, ya que es totalmente contrario a nuestra constitución, misma que señala dentro de las garantías de los gobernados, la denominada garantía de igualdad ante la Ley, partiendo de un status idéntico, y en el caso que nos ocupa, se otorga plena preferencia a los beneficiarios que obtienen una fianza por tiempo determinado, concediéndoles dos momentos para presentar su reclamación para pretender el pago de la misma, cosa que no sucede con las fianzas por tiempo indeterminado, en la cual, únicamente se concede al beneficiario, un momento para presentar su reclamación, siendo éste, dentro de los ciento ochenta días posteriores a que la fianza se vuelva exigible por incumplimiento del fiado.

De donde tenemos que en una relación jurídica entre beneficiario y fiador, en igualdad de circunstancias, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, concede al beneficiario un trato desigual en tratándose de fianzas por tiempo determinado, pues en este tipo de fianzas, se le otorgan dos momentos para reclamar el pago de dicha garantía, por el contrario, si la fianza es por tiempo indeterminado, únicamente se le concede un momento, lo cual redundaría en una violación a la garantía de igualdad ante la ley de las instituciones afianzadoras de nuestro país.

VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA.

Debemos retomar el concepto de igualdad jurídica que señalamos en el capítulo tercero de este trabajo. El maestro Sánchez Bringas, refiere que los derechos de igualdad *“prohíben la discriminación de los seres humanos y pugnan por el trato digno del hombre y por su igualdad ante la ley”*.¹¹¹ Por lo que toda autoridad tiene la obligación ineludible de dar un trato igual ante la ley

¹¹¹ Sánchez Bringas, Enrique, op. Cit. Pp 631

a todos los gobernados sin distinción alguna, por razón de raza, sexo, condición social, creencia religiosa, etcétera. Ésta garantía encuentra su fundamento constitucional en los artículos 1º, 4º 12º y 13º de nuestra Ley Suprema. El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a una igualdad de trato ante la ley, la igualdad es un concepto relacional y no una cualidad intrínseca de los gobernados, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "comparaciones", las cuales, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista de la igualdad.

El fin primordial de esta garantía, es el de evitar la presencia de órganos de gobierno que favorezcan o perjudiquen a una persona, por lo que el gobierno, deberá de dar un trato igualitario a todos los gobernados. la igualdad jurídica, como ya se dijo, consiste en igualdad de trato ante la ley.

Ninguna persona puede ser juzgado por leyes privativas y éstas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al invocar la desigualdad ante la ley y a la Constitución, cuando se encuentran en una determinada situación, y tienen la misma posibilidad capacidad de ser titulares de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones, por tanto, atentan contra el principio de igualdad jurídica. Es decir, las leyes privativas están prohibidas por nuestra ley suprema, por lo que cualquiera que sea expedida con ese carácter, carecerá de validez constitucional, pues atenta contra los principios de la Constitución.

Ahora bien, debemos entender por violación a esta garantía, a todo acto de autoridad, que pretenda regular una situación jurídica entre un órgano del estado y uno o varios gobernados, y que vaya en contra de los principios y fundamentos de nuestra Constitución, es decir; a todo acto de autoridad que pretenda regular una situación jurídica, en la que el estado de preferencia a una persona o determinado grupo de personas por cualquier medio, y tiene una ventaja hacia los demás, cuando se encuentran en una determinada situación, y tienen la misma posibilidad capacidad de ser titulares de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones, por tanto, atentan contra el principio de igualdad jurídica, por lo que en todo caso, ese acto de autoridad esta viciado de inconstitucionalidad, pues atenta contra el principio de igualdad ante la ley de los gobernados.

La garantía de igualdad consiste en dar un trato idéntico a los sujetos que se encuentren en la misma situación. La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo, es por ende, un elemento consubstancial a todo sujeto. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad. El párrafo tercero del artículo primero constitucional, muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por consecuencia, la intención de nuestra Constitución, es la de extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas.

Al efecto, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal ha establecido el siguiente criterio jurisprudencial titulado **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**, mismo que se encuentra visible en la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Diciembre de 2004, p. 362, tesis 1a. CXXXII/2004, aislada, Constitucional, cuyo texto es “*La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la*

introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado...”¹¹²

El maestro Burgoa Orihuela, sostiene en su libro “Las Garantías Individuales”, que “... la Igualdad, se traduce en que varias personas en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado...”¹¹³ por lo que con esta garantía se evitan daños o perjuicios a una

¹¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XX, Diciembre de 2004, Constitucional, pp. 362.

¹¹³ Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 38ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., DE C.V., México, 2005, pp 251.

persona, que motive su distinción frente a otra persona, derivada de una distinción hecha por la ley, pues precisamente esta ley para que sea válida debe de cumplir con ciertos requisitos como lo es la generalidad de la misma, pues como se ha dicho reiteradamente, el derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca y es una relación que se da al menos entre dos personas, en una situación determinada o que estén en la misma situación, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad.

VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

Como ya se dijo en el capítulo tercero de este trabajo, la garantía de igualdad de la ley se debe entender como aquél derecho que tiene todo gobernado para que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino que fundamentalmente debe ser igual ante la ley, y conservar la igualdad de derechos de las partes ante las normas en una misma situación jurídica. Encuentra su fundamento en el artículo 13 constitucional, y es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en la tesis de rubro *"IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL"*, que *"...el referido principio debe*

*entenderse en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el Juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido...*¹¹⁴ De todo lo anterior, tenemos que la garantía de imparcialidad, desde el punto de vista subjetivo, consiste básicamente el derecho constitucional que tiene todo gobernado para que el juzgador emita una resolución, apegada a derecho, sin que exista favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido. Mientras que desde el punto de vista objetivo, consiste en los impedimentos legales que tiene todo Juzgador, para dirimir una controversia, tales como por ejemplo, la incompetencia por razón de territorio, materia o cuantía, la falta de legitimación en una de las partes, etcétera.

En otras palabras, tenemos que la garantía de igualdad ante la ley, consiste en la igualdad de trato a varias personas que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones, lo que trae como consecuencia que se evitan daños o perjuicios a una persona, que motive su distinción frente a otra persona, derivada de una distinción hecha por la ley.

En nuestro trabajo lo que interesa, es precisamente la igualdad ante la ley que debe observar todo Juzgador, al momento de dirimir una controversia en la que sea parte una Institución de Fianzas ello atendiendo a las siguientes consideraciones.

¹¹⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, Octubre de 2005, Página: 697

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé dos supuestos para que las Instituciones de fianzas puedan liberarse de su calidad de garante por caducidad de las pólizas de fianza que expidan, dichos supuestos son a saber los siguientes:

a). En el caso de fianzas por tiempo indeterminado, se liberarán por caducidad de la póliza, cuando el beneficiario no reclame la fianza, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores, a partir de la fecha en que la obligación se vuelva exigible por incumplimiento del fiado. Es decir, si el fiado no cumple con sus obligaciones contraídas con el beneficiario, a partir de ese momento se vuelve exigible la póliza de fianza otorgada por la Institución garante, y desde ese momento comienzan a transcurrir los ciento ochenta días para que el fiado presente su reclamación, de lo contrario la fiadora se liberará de su obligación por caducidad de la póliza de fianza.

b). En el caso de fianzas por tiempo determinado, establece que la institución de fianzas quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza. Es decir, la ley otorga al beneficiario, dos momentos para presentar su reclamación ante la Institución de Fianzas, el primero, es precisamente dentro de la vigencia de la póliza de fianza, y el segundo; dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a que fenezca la vigencia de la fianza, situación que evidentemente es inconstitucional, pues se están violentando en perjuicio de las Instituciones de Fianzas, su garantía de igualdad jurídica.

Se sostiene lo anterior, ya que al referirse a las fianzas por tiempo determinado, el citado precepto legal señala que las instituciones de fianzas, se liberaran de su obligación de pago, por caducidad, si el beneficiario no

presenta su reclamación de la póliza, conforme a los procedimientos señalados en el artículo 93 de la propia ley, precisamente dentro de su vigencia o; en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, concediéndose al beneficiario dos oportunidades para reclamar la póliza, uno es precisamente dentro de la vigencia de la póliza sin importar el momento en que el fiado incumpla con sus obligaciones, y la segunda oportunidad, es precisamente dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, a diferencia de las fianzas por tiempo indeterminado, en dónde únicamente se concede al beneficiario una oportunidad para reclamar la fianza, la cual es dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado. Para mayor claridad, nos permitimos citar textualmente el contenido del artículo 120 de la Ley Federal de instituciones de Fianzas.

“ARTICULO 120.- Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedara liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.”

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedara sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberara por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

*Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.*¹¹⁵

Del precepto legal citado en líneas anteriores se desprenden las dos violaciones constitucionales señaladas en el cuerpo del presente trabajo, mismas que consisten en:

1.- Violación a la garantía de igualdad. Esta violación se manifiesta básicamente, en que el citado precepto legal, al establecer que las Instituciones de Fianzas se liberan por caducidad, en el caso de fianzas por tiempo determinado, si el beneficiario no presenta su reclamación de la póliza, precisamente dentro de su vigencia o; en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, concediéndole al beneficiario dos oportunidades para ejercer su derecho de pago de la fianza, a diferencia de las fianzas por tiempo indeterminado, en donde el fiado únicamente tiene una oportunidad para presentar su reclamación ante la fiadora, que es dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

¹¹⁵ Artículo 120, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Op. Cit.

Para mejor entendimiento de esta garantía, es necesario citar al maestro Burgoa, quién en su libro “Las Garantías Individuales” sostiene que “...la igualdad sólo debe tener lugar como relación comparativa , entre dos o mas sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica ...”¹¹⁶ sigue sosteniendo el maestro Burgoa, que uno de los requisitos *sine qua non* para conseguir los fines primordiales de las prerrogativas fundamentales del hombre (derechos subjetivos o garantías individuales) es precisamente la igualdad jurídica, tomada ésta “... como conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto, en el sentido de que este en aptitud de adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, desde un punto de vista cualitativo, que corresponden a otras personas, colocadas en idéntica situación determinada...”¹¹⁷

Esto es, para que exista realmente una igualdad jurídica, es necesario que la relación jurídica que una a dos personas, se de en idéntica situación determinada, en el que se esté en posibilidad de todo sujeto de adquirir derechos y obligaciones en igualdad de circunstancias.

Por lo tanto, en nuestro sistema jurídico, la igualdad jurídica, esta reconocida a nivel constitucional, y es tanto un derecho como una obligación constitucional de toda persona, es decir, es una situación adquirida en la que se encuentra todo ser humano desde el momento de su nacimiento, calidad que se encuentra tutelada en nuestra Constitución Política, y “... se traduce en el mismo tratamiento formativo para todos los sujetos que dentro de cada una de ellas se encuentren...”¹¹⁸

¹¹⁶ Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantía Individuales, 38ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., DE C.V., México, 2005, pp 254.

¹¹⁷ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit., pp 255.

¹¹⁸ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit., pp 256.

Se sostiene la violación de este precepto a la garantía de igualdad jurídica, ya que el párrafo primero parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, da un trato preferencial a los beneficiarios de fianzas por tiempo determinado, esto es, les concede dos momentos para presentar su reclamación, por obligaciones derivadas del incumplimiento del fiado, uno es precisamente durante la vigencia de la póliza de fianza; y un segundo término, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, mientras que a los beneficiarios de fianzas por tiempo indeterminado, se les concede únicamente un momento para presentar su reclamación, éste es dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

De lo anterior, podemos ver claramente la violación a la garantía de igualdad pues no obstante que se trata de dos personas en una misma situación jurídica determinada, se dan prerrogativas a los beneficiarios de fianzas por tiempo determinado antes de que opere la caducidad de la fianza, a diferencia de los que son beneficiarios de fianzas por tiempo indeterminado, quienes únicamente cuentan con momento para reclamar su derecho al pago de la garantía, en caso de incumplimiento del fiado, o de lo contrario, operara a favor de la afianzadora, la caducidad de la póliza.

Luego entonces, tenemos que se viola la garantía de igualdad jurídica de las Instituciones de Fianzas, pues como ya se dijo, se da un trato preferencial a los beneficiarios, para que presenten su reclamación por obligaciones garantizadas e incumplidas por el fiado, es decir; se le dan dos momentos para que presente su reclamo, lo cual, atenta contra los principios constitucionales de igualdad de las personas frente a la ley, y si nuestra propia Constitución, prevé en su articulado como uno de sus pilares fundamentales el

de respetar la igualdad de las personas ante la ley, y si alguna ley secundaria contraviene a los principios Constitucionales, luego entonces, atendiendo al principio de supremacía constitucional, dicha ley secundaria deberá ser considerada como Inconstitucional. Por consiguiente, todas las leyes tienen que observar los principios de la Constitución, y si alguna de ellas es contraria a dicha Constitución, esa ley será tildada de inconstitucional, por el hecho de ir en contra de la ley suprema.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Reciben el nombre de contratos de garantía, aquellos que aseguran al acreedor el pago del crédito otorgado al deudor, ya sea con bienes propios o con los de un tercero.

SEGUNDA.- La función básica del contrato de garantía, es la de asegurar el pago del crédito a favor del acreedor; además de generar certidumbre y confianza en el deudor, en éste último para ser sujeto de crédito; mientras que en los acreedores, genera tranquilidad en el sentido de que cumplido el término o condición o en el momento en que se haga exigible el pago, éste podrá ser restituido en su favor.

TERCERA.- La fianza mercantil, es un contrato por el cual una persona llamada fiador se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. Es un contrato accesorio, que por regla general es oneroso.

CUARTA.- La actividad afianzadora sólo puede ser ejercida por Instituciones legalmente autorizadas por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

QUINTA.- La actividad de las Instituciones de Fianzas, en nuestro país, esta regulada en la legislación especial denominada Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

SEXTA.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas es una norma de interés público cuyo objeto es la de regular la organización, funcionamiento, actividades y operaciones de las instituciones de fianzas, así como de los agentes de fianzas y en general de toda persona que de alguna u otra manera

tenga que ver con la actividad afianzadora, para proteger los intereses del público usuario de los mismos.

SÉPTIMA.- Legalmente, existen cinco ramos principales en los cuales se puede ejercer la actividad de una Institución de Fianzas en nuestro país y son: Fianzas de Fidelidad, Fianzas Judiciales, Fianzas Administrativas, Fianzas de Crédito, y; Fideicomisos de Garantía.

OCTAVA.- En nuestro sistema jurídico existen otros contratos de garantía que se asemejan a la fianza, o tienen relación directa con la misma, es decir; que tienen como finalidad el garantizar una obligación cuando la capacidad garante del fiador principal resulta ser insuficiente o por disposición expresa de la ley, se deba recurrir a las mismas, nos referimos al contrato de reafianzamiento, de cofianzamiento, o de reafianzamiento financiero, en su caso.

NOVENA.- Los Juzgadores, en el ejercicio de sus funciones, forzosamente deberán de sujetarse a los principios Constitucionales, respetando entre otras, las garantías de igualdad, imparcialidad.

DÉCIMA.- La garantía de igualdad ante la ley, es el derecho que tiene todo gobernado para recibir un trato igual ante la ley, siempre y cuando se encuentre en una determinada situación con otra persona, en la que tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones.

DÉCIMA PRIMERA.- La garantía de Igualdad Jurídica, instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a una igualdad de trato ante la ley, cuyo fin primordial es el dar un trato igual a todo gobernado que se halle en una misma situación que otra persona, en las

mismas condiciones, y por el que puedan obtener los mismos derechos y obligaciones.

DÉCIMA SEGUNDA.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 120, prevé a la caducidad, como una forma de liberación de la obligación de las instituciones afianzadoras, cuando el beneficiario, no presente su reclamación dentro del plazo de la vigencia de la póliza de fianza o, dentro de los ciento ochenta días posteriores al término de la misma, esto tratándose de fianzas por tiempo determinado. En el caso de las fianzas por tiempo indeterminado; la caducidad opera cuando el beneficiario no presenta su reclamación a la fiadora dentro de los de ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado.

DÉCIMA TERCERA.- El primer párrafo parte final, del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es Inconstitucional, pues va en contra de la garantía de Igualdad de los gobernados ante la ley, ya que prevé dos momentos para que el beneficiario presente su reclamación cuando la fianza es por tiempo determinado, y en el caso de que la fianza sea por tiempo indeterminado, únicamente prevé un solo momento, razón por la cual se sostiene que existe una desigualdad de trato ante la ley.

DÉCIMA CUARTA.- Se debe de reformar el texto del primer párrafo parte final, del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para quedar en los siguientes términos: **“ARTICULO 120.- Cuando la Institución de Fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación, por incumplimiento del fiado, precisamente durante la vigencia que se haya estipulado en la póliza”**

PROPUESTA DE REFORMA AL PÁRRAFO PRIMERO PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Como corolario a este trabajo de investigación y dado que ya se expuso la violación manifiesta del párrafo primero, parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a la garantía de igualdad jurídica de las Instituciones Afianzadoras del país, nos permitiremos hacer una propuesta de reforma al citado precepto legal, en el que se cumpla y se observe dicha garantía.

1.- Exposición de motivos.

La razón principal de esta propuesta, radica en el hecho de que a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de julio de 1993, se estableció, por cuanto hace a las formas de liberación de las Afianzadoras de su obligación de pago por caducidad, en el caso de las fianzas por tiempo determinado, que éstas Instituciones, únicamente se liberarán de su obligación garantizada, cuando el beneficiario no presente su reclamación por incumplimiento del fiado a las obligaciones garantizadas, precisamente durante la vigencia de dicha póliza o en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales contados a partir de la expiración de la vigencia de la póliza.

Sin embargo, se considera que esta reforma, en lugar de beneficiar al sector afianzador, lo perjudicó, ya que debido a las relaciones comerciales de las Instituciones de fianzas con sus clientes, y a que la caducidad es una forma de liberación de obligaciones por el simple transcurso del tiempo, en el que no se ejercite la acción de pago de la garantía, por un lado perjudica a las Afianzadoras pues aunado al término de la vigencia de la fianza, prevé otro

término de gracia a los beneficiarios para que presenten sus reclamaciones de pago por incumplimiento del fiado, es decir; dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la póliza.

Esto es totalmente perjudicial para el sistema afianzador, pues la ley especial, prevé dos supuestos o términos para presentar las reclamaciones por incumplimientos del fiado, en el caso de fianzas de vigencia determinada, cuando en estricto apego a derecho, única y exclusivamente se deberían presentar durante la vigencia de dicha póliza, pues conceder un plazo de gracia, además de dar un trato preferencial a los beneficiarios, viola en perjuicio de dichas Instituciones de fianzas, su garantía de igualdad jurídica, por ende, únicamente se deben de presentar dichas reclamaciones durante la vigencia precisamente de la fianza y nunca con posterioridad, pues las afianzadoras para ese efecto emiten sus fianzas con una vigencia cerrada o determinada, para obligarse estrictamente durante un tiempo determinado y nunca posteriormente, pues para ello existen las fianzas de vigencia abierta.

En mérito de lo anterior, se deberá de reformar el párrafo primero, parte final del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el efecto de que se determine que las instituciones de fianzas se liberarán de su obligación garantizada, tratándose de fianzas de vigencia determinada, cuando transcurra el término fijado en ellas sin que el beneficiario haya presentado su reclamación por incumplimiento del fiado, precisamente durante la vigencia de la fianza.

2.- Cuadro comparativo del texto vigente y texto propuesta del párrafo primero parte final, del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

TEXTO VIGENTE:

ARTICULO 120.- Cuando la Institución de Fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

TEXTO PROPUESTA:

ARTICULO 120.- Cuando la Institución de Fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedara libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación, por incumplimiento del fiado, precisamente durante la vigencia que se haya estipulado en la póliza.

La razón de la anterior propuesta, radica principalmente en que en el caso de que las Instituciones de Fianzas se obliguen por tiempo determinado en las pólizas de fianza que al efecto emitan, éstas se liberarán de su obligación de pago por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación por incumplimiento del fiado, precisamente dentro de la vigencia de la póliza de fianza, y sólo en ese momento la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sería totalmente Constitucional, pues respetaría la garantía de igualdad jurídica de las Instituciones de Fianzas, cuando éstas determinen obligarse por tiempo determinado y así lo plasmen en el texto de las pólizas que al efecto emitan.

Y en el caso de las fianzas por indeterminado, únicamente se conceda al beneficiario, un plazo de ciento ochenta días para presentar su reclamación, contados a partir de que la obligación de la afianzadora, se vuelva exigible por incumplimiento del fiado.

BIBLIOGRAFÍA.

Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", 5ª edición, Editorial Oxford University Press, UNAM.

Burgoa Orihuela, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", 12ª edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999.

Burgoa Orihuela, Ignacio, "El Juicio de Amparo", 41ª edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2005.

Burgoa Orihuela, Ignacio, "Las Garantías Individuales", 38ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2005.

Castrillón y Luna Víctor M., "Contratos Mercantiles", 2ª edición, Editorial, Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003.

Dávalos Mejía, Carlos Felipe, "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", 2ª edición, Editorial Oxford University Press, México, 2002.

De Pina Vara Rafael, "Elementos de Derecho Mercantil" 26ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998.

Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", 12ª edición, 3ª reimpresión, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, "Instituciones de Derecho Civil", tomo VII, Vol. II, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998

Molina Bello Manuel, "La Fianza como Garantizar sus Operaciones con Terceros", 1ª edición, Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S.A. de C.V., 1994.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Contratos Civiles", 10ª edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2004.

Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia", 35ª edición concordada por la legislación vigente por la Lic. Rojina García Adriana, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2005.

Sánchez Bringas, Enrique, "Derecho Constitucional", 9ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004.

Sanchez Flores, Octavio Guillermo de Jesus, "El Contrato de Fianza", 1ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.

Sánchez Medal Ramón, "De los Contratos Civiles", 21ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004.

Tena Ramírez Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", 37ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2005.

Vázquez del Mercado Oscar, "Contratos Mercantiles", 13ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, "Contratos Civiles", 10ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004.

DICCIONARIOS.

“Diccionario Jurídico Mexicano”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10ª edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V.-UNAM, México, 1997.

“Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid España, Espasa Calpe, S.A., 2001

LEGISLACIÓN.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2006.

Código de Comercio, Editorial Sista, 2006.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2006.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13ª edición, Editorial Ediciones Fiscales Isef, S.A. 2007.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Sista, 2006.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Diciembre de 1950, Editorial Sista, 2006.

JURISPRUDENCIA.

CD-ROM “IUS 2005, junio 1917- Diciembre 2005, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Poder Judicial de la Federación”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2005.

CD-ROM “La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2005.

CD-ROM “Legislación Mercantil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación”, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2005.

PAGINAS WEB.

<http://www.cddhcu.gob.mx/cronica57/contenido/cont10/>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/2/leg/leg7.htm>

http://dsrefa01.hsbc.com.mx/aptrix/internetpub.nsf/Content/E_Fideicomisos

OTRAS FUENTES DE CONSULTA.

Apuntes tomados en el Diplomado “Inducción a Fianzas” impartido por personal de Afianzadora Insurgentes, S.A. de C.V., México, 2005.