

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**LA FIANZA DE EMPRESA COMO GARANTÍA
DEL INTERÉS FISCAL**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

HÉCTOR DÍAZ CARRASCO



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.

**A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

Casa de estudios que me dio la
oportunidad de comenzar mis
sueños y lograr mis metas.

A ADRIANA

Por su apoyo incondicional e
infinita comprensión para
alcanzar y culminar no solo este
trabajo, sino todos mis
proyectos y sueños.

A JESÚS ADRIÁN

Por la madurez, inspiración y
felicidad que en mi ha generado.

A MIS PADRES

Por sus sacrificios, apoyo,
impulso y amor que siempre me
han brindado.

A MIS HERMANOS Y AMIGOS

Por su apoyo en todo momento.

**AL MAGISTRADO HUGO
CARRASCO HIRIARTE**

Por su tiempo, dedicación y
paciencia.

LA FIANZA DE EMPRESA COMO GARANTÍA DEL INTERÉS FISCAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES HISTORICOS	1
A) FIANZA CIVIL Y MERCANTIL	1
1. La Fianza en el Derecho Romano	1
2. La Fianza en el Derecho Español	11
3. La Fianza en la Época Preshispánica	12
4. La Fianza en el México Independiente	13
5. Fianza Mercantil, Antecedentes	16
I. Decreto del 3 de Junio de 1895	17
II. Ley de 1910	23
III. Ley Sobre Compañías de Fianzas de 1925	26
IV.Regulación del Régimen de la Fianza de Empresa en el periodo 1926-1942	28
V. Ley de Instituciones de Fianzas de 1942	30
VI Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950	33
B) EVOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXIGIBILIDAD DE LAS FIANZAS	35
Código Fiscal de la Federación, Antecedentes del Artículo 143	35

CAPÍTULO SEGUNDO:

MARCO JURÍDICO DE LA FIANZA MERCANTIL	43
A) CONCEPTO DE FIANZA	43
CARACTERÍSTICAS DE LA FIANZA	47
i) Sujetos	47
ii) División del Contrato de Fianza	48
Contrato accesorio	49
Contrato unilateral	53
Contrato gratuito y, excepcionalmente, oneroso	57
Contrato aleatorio o conmutativo	59
Contrato consensual	61
iii) Tipos de Fianzas Civiles	62
Fianza convencional	62
Fianza legal	63
Fianza judicial	64
iv) Efectos Jurídicos que origina la Fianza	66
Efectos entre el fiador y el acreedor	66
Obligaciones	66
Excepciones	68
Beneficios	71
Efectos entre el fiador y el deudor	75
Efectos entre los cofiadores	79
B) MERCANTILIDAD DE LA FIANZA	79
i) Concepto	83

ii) División del Contrato de Fianza de Empresa	84
Contrato Oneroso	85
Contrato conmutativo	86
Contrato formal	86
iii) Diferencias entre la fianza civil y la fianza mercantil o de empresa	88
C) LITERALIDAD DE LA FIANZA MERCANTIL	91
D) RAMOS DE FIANZAS MERCANTILES	98
I. Fianzas de Fidelidad	99
II. Fianzas Judiciales	103
III. Fianzas Diversas y Administrativas	104
IV. Fianzas de Crédito	107
CAPÍTULO TERCERO:	
PROCEDIMIENTOS GENERALES DE EXIGIBILIDAD	111
A) Artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	111
B) Artículo 94 y 94 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	119
C) Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	125
D) Artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa a los Usuarios de Servicios Financieros	140

E) Procedimiento Administrativo de Exigibilidad de la Fianza del Artículo 143 del Código Fiscal de la Federal y sus Modalidades	149
---	-----

CAPÍTULO CUARTO:

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y SUS MODALIDADES, QUE DESNATURALIZAN LA FIANZA MERCANTIL.	159
---	-----

CONCLUSIONES	234
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	237
--------------	-----

INTRODUCCION

Durante el transcurso de mi vida personal, he aprendido que al ser humano le fascina complicarse su existencia, al hacerla más compleja día con día, olvidando que en la gran mayoría de las ocasiones, lo simple o lo mas sencillo es la respuesta a sus problemas, tan es así que, el suscrito, al decidir como tema de tesis el presente trabajo, imaginaba que el desarrollar el mismo y sus conclusiones sería muy complicado dado lo extenso que puede llegar a ser el análisis de la Fianza de Empresa como Garantía del Interés Fiscal, al aplicarse el procedimiento administrativo de ejecución, consagrado en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación y los criterios que actualmente rigen al respecto.

Sin embargo, una vez realizada la investigación, estudio y desarrollo del tema, confirme lo que indicé al principio, toda vez que a pesar de la diversidad de criterios existentes en relación a las fianzas de empresa que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, que motivaron la intervención de nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, observo que finalmente la naturaleza mercantil de este tipo de fianzas y su accesividad, como una de sus características elementales y fundamentales, fueron tomadas en consideración, pese a que se haya determinado que los medios de extinción contemplados en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no son aplicables, tratándose de este tipo de fianzas.

Así, atendiendo a la obligación garantizada y al beneficiario de las mismas, actualmente existe una dualidad en privado y público respecto

de esta garantía, con la lamentable consecuencia de que, tratándose de las pólizas que garantizan el interés fiscal, se confunden las obligaciones amparadas en ella con los créditos fiscales que estamos obligados a cubrir como contribuyentes, es decir, se confunde la fianza de empresa con los créditos fiscales que garantiza, haciendo nugatorias las formas de extinción consagradas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debiendo de aplicar los medios de extinción que consagra el Código Tributario, lo que conlleva a la desnaturalización de la mercantilidad de este tipo de garantías, provocada, primordialmente, por un procedimiento privilegiado e inusitado que se otorga a la Autoridad Hacendaria para hacer exigibles las fianzas en cuestión.

Para arribar a esta conclusión, en el presente trabajo se realiza un estudio integral de la fianza; así, en el primer capítulo se desarrollan los antecedentes históricos de la fianza civil y mercantil con el objeto de distinguir entre una y otra.

En el segundo capítulo, se menciona el marco jurídico de la Fianza Mercantil y sus características, así como sus diferencias con la fianza civil, destacando su accesoriedad y los tipos de fianzas de empresa existentes.

Por lo que hace al tercer capítulo, se mencionan los diversos procedimientos para hacer exigibles las fianzas expedidas por Instituciones autorizadas para tal efecto; es decir la manera de requerirse o reclamarse de pago estas.

En el cuarto capítulo, se aborda la desnaturalización de la mercantilidad de la fianza de empresa que garantiza obligaciones

fiscales a cargo de terceros, al confundirse lisa y llanamente con las obligaciones fiscales que ampara, dado que como se menciono anteriormente, la mercantilidad y accesoridad de estas garantías se encuentra reconocida plenamente por nuestra H. Suprema Corte de Justicia.

Este trabajo, tiene como finalidad para el suscrito, obtener su título como Licenciado en Derecho, y de ninguna forma se realiza en el mismo una critica a nuestra H. Suprema Corte de Justicia por el criterio que fijo al respecto, pese a que reconoce la mercantilidad y accesoridad de la fianza de empresa, tan solo se trata de la opinión de su servidor, derivado del estudio y análisis efectuado en el presente, que lo llevan a concluir la confusión aludida, provocada por un procedimiento privilegiado otorgado a la autoridad fiscal, quien en aras del interés público e importancia para la nación que implica la recaudación de impuestos y de los recursos necesarios para el mantenimiento y desarrollo de este país, logró que la confusión en cuestión se dictaminara de interés público.

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A) FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.

1. LA FIANZA EN EL DERECHO ROMANO

Definitivamente para analizar la figura jurídica de la Fianza Mercantil y, en particular, la desnaturalización que ésta sufre al constituirse como garantía del interés fiscal, es menester remontarnos a los antecedentes históricos del contrato de fianza.

Considerando que el Derecho Positivo mexicano tiene su influencia más fuerte y remota en el Derecho Romano, es en éste en donde se originan las características especiales de la fianza, mismas que influyeron de forma determinante en el Código Civil de 1870, sin menospreciar la fuerte influencia que, a su vez, tiene el Código Español introduciéndole modalidades, pero respetuoso de las normas previamente establecidas en el Derecho Romano.

En sus orígenes, el Derecho Romano contaba con diversas formas que daban origen a los contratos y que, con la evolución quedaron reducidas a dos, desapareciendo el conocido como *Nexum*. Los contratos solemnes que subsistieron fueron los *verbis* y los *litteris*.

La fianza en el Derecho Romano se encuentra ubicada entre los contratos *verbis*, que eran aquellos que para su perfeccionamiento requerían del pronunciamiento de palabras sacramentales, por lo que a la fianza se refiere su origen se da con la *stipulatio* que es una manera de contratar consistente en una pregunta hecha por el acreedor, seguida de una respuesta del que iba a ser deudor.

No cabe la menor duda que el contrato verbal de mayor importancia fue la *sponsio o stipulatio*, cuyas aplicaciones fueron muy amplias, desde la creación de obligaciones personales, hasta asumir obligaciones de garantía; al margen de que en los períodos más evolucionados del Derecho Romano se asimilo al concepto de contrato en general.

“Las instituciones de Justiniano dividen a las estipulaciones en judiciales, pretorias, convencionales y comunes”¹. Las judiciales eran ordenadas por el juez cuando las partes están *in iudicio*, consistían en dos tipos de cauciones: La caución de dolo, la caución de persecución del esclavo. Las pretorias eran garantías de daño inminente o los legados. Las convencionales tomaban su origen en la sola conformidad de las partes.

Junto con los deudores y acreedores principales existían, en el contrato estipulatorio, otras personas que desempeñaban un papel accesorio, podían ser acreedores accesorios o bien entrando en la

¹ Bravo González Agustín, Segundo Curso de Derecho Romano. Edit. Pax México, Décima Primera Edición 1984, pág. 110.

materia que nos ocupa, terceros que se comprometían accesoriamente con el *promitente* principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de insolvencia del deudor, a los que se denominó *Adpromissores* y abarcaban tres tipos de garantías personales:

I. *La Sponsio*

II. *La Fidepromissio*

III. *La Fideiussio*

I. *La Sponsio*.- Es el contrato verbal de mayor importancia, en éste los romanos identificaron en cierto sentido la misma *verborum obligatio*. Reservada exclusivamente para los ciudadanos romanos, la obligación se adquiría utilizando el verbo *spondeo* y solo servía de garantía para los contratos *verbis*, la obligación no se transmitía a los herederos.

Los garantes se obligaban por medio de la fórmula *¿Dem dari spondes ? Spondeo* (Te comprometes a dar lo mismo? Me comprometo)

2. De esta manera los *esponsores* se constituían en deudores, y se obligaban a cumplir la misma prestación que el fiado.

Es importante destacar que, dadas las características de los contratos *verbis*, la formalización de la obligación requería, indispensablemente, que el acuerdo de voluntades tomara la forma de estipulación, las palabras que debía contener la fórmula ya mencionada, tenían que ser pronunciadas en forma solemne, de modo que si la estipulación no se realizaba en estos términos, las

obligaciones derivadas de ésta no eran exigibles y, como consecuencia, la *sponsio* no tenía validez alguna.

Los *sponsores eran* deudores que podían ser perseguidos y su pago libera a los demás. Como deudores accesorios, no podían prometer más que el deudor principal, ni obligarse bajo condiciones más onerosas, pero podían prometer menos. Una ley pública aseguró el recurso mediante el cual podían recurrir contra el deudor principal si pagaron, autorizando al *sponsor* que no había sido reembolsado por el deudor dentro de los seis meses siguientes al pago, a ejercitar contra él la *manus iniectio pro iudicato*. En el procedimiento formulario esta vía fue reemplazada por la *actio depensi* (acción de pago) imponiendo condena al doble en caso de negativa del demandado ³.

II. La Fidepromissio. Está regida por los mismos principios que la *sponsio* pero con la característica distintiva que era accesible a ciudadanos y peregrinos, posibilitando a los peregrinos a garantizar obligaciones contraídas por ciudadanos romanos o igualmente peregrinos. El *fidepromisor* se obligaba por el verbo *fidepromitto*.

La necesidad de regular la situación de *fidepromissores* y *sponsores* dió origen a la elaboración de las siguientes leyes: ⁴

a) La *lex apuleia*, que dio a aquél entre los varios *sponsores* o *fidepromissores* que hubiese pagado, una acción contra los otros para repetir de cada uno de ellos la parte que habría tenido que cubrir si la

³ Bravo Gonzalez, opcit. Pág. 116.

⁴ Ventura Silva, opcit. Pág. 335.

obligación se hubiese dividido.

Esta ley estableció de pleno derecho la sociedad entre los *sponsores* o *fidepromissores*, considerando que si eran varios los obligados accesorios y uno solo el que realizó el pago de la obligación, el monto total de la deuda se dividía entre ellos y el que pagaba tenía la posibilidad de exigir a los demás obligados accesorios el pago de la parte que conforme a dicha división le correspondía.

b) La *lex furia de sponsu*, con base en la idea anterior, dividió la deuda entre todos los cofiadores existentes en el momento del vencimiento de la obligación, y limitó su obligación a dos años.

Esto significaba que los garantes *sponsores* y *fidepromissores* estaban obligados únicamente por la parte proporcional que les correspondía y si, por error, pagaban más de su parte, podían ejercer una acción en contra del acreedor que no le devolviera el excedente; con ello se ampliaban las acciones procesales de los deudores accesorios, ya que no solo podían exigir al deudor principal el reembolso de lo que por él habían cubierto, sino que además, en caso de cubrir al acreedor una cantidad mayor a la que les correspondía, el acreedor estaba obligado a su devolución mediante la *manus iniectio pro iudicato*, acción originalmente concebida contra el deudor principal.

c) La *lex Ciceria* impuso al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número de garantes. La declaración del acreedor debía ser pública, manifestando porque deuda recibía *sponsores* o *fidepromissores* y cuál era su número y monto, disponiendo

de treinta días para hacerlo, bajo pena de liberación de los *adpromissores*.

d) La *lex Cornelia*, tendió a establecer un tope al crédito de los deudores, ya que limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor, hasta la suma de 20,000 sestercios al año.

Esta limitación establecía que, una misma persona no podía dar caución por obligaciones (una o varias) que haya contraído el mismo deudor en favor del mismo acreedor durante un mismo año, si la suma de éstas rebasaba los veinte mil sestercios, imponiendo como pena la nulidad de la garantía.

III. *La Fideiussio*, vocablo del que se deriva el término de fianza. Es la forma más evolucionada de los contratos *verbis* de garantía y se crea a fines de la República, en ésta se supera la distinción entre ciudadanos romanos y peregrinos de los obligados accesorios, por tanto los fideiussores o fiadores podían ser ciudadanos o extranjeros.

El fiador se obligaba por la fórmula *¿Idem fideiubes? Fideiubeo*. Esta institución surgió gracias a Justiniano, quien introdujo otro beneficio en favor de los fiadores, llamado *beneficium Excusionis*, consistente en que el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él para la exigibilidad de su obligación como garante ⁵.

⁵ Molina Bello Manuel, La Fianza, Cómo garantizar sus operaciones con terceros, McGraw-Hill/Interamericana de México 1994, pág. 7

La obligación del *fideiussor* se caracterizaba por ser una obligación accesoria que se empleaba no sólo en las obligaciones *verbis*, sino que podía unirse a cualquier obligación, aún a una natural. El compromiso del fiador seguía la formación de la obligación principal, esto es que el fiador garantizaba obligaciones válidas, pero podía ser contraído y se extendía a una obligación futura en caso de que se realizara. Debía tener el mismo objeto que la obligación principal, si se prometía otra cosa el compromiso era nulo; por ello el fiador no podía prometer más que el deudor principal, ni en condiciones más onerosas; pero podía prometer menos, es decir, garantizar sólo parte de la deuda.

La obligación del fiador podía estar sancionada más enérgicamente que la del deudor, y no está limitada en su duración, era perpetua y transmisible a los herederos; por tanto el fiador, como hacía las veces del deudor, se obligaba él mismo y dejaba obligado a su heredero.

La fianza apareció en un primer momento elaborada sobre la base de la obligación solidaria y en época avanzada se regularon los beneficios de excusión y de división. En el Libro Tercero, Título XX de las Institutas. De los fideiussores, se establece que: la fideiusión puede preceder o seguir a la obligación principal; que cuando eran varios fideiussores, su obligación era solidaria y no podían deber más que el deudor principal. El fideiussor que ha pagado algo por el deudor, tiene para recobrarlo la acción de mandato ⁶.

⁶ Villegas Carlos Gilberto, Las Garantías del Crédito, Segunda Edición, Rubiazala Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 1998. Pág. 72.

Originalmente como cada fiador prometía al acreedor, todos estaban obligados hacía él. El acreedor podía exigir el pago a cualquiera de los obligados accesorios, ya que éstos se habían obligado sin restricción; por tanto si uno pagaba los demás se liberaban de la obligación.

Según Juliano, en el libro 89 de los digestos, si el acreedor persigue judicialmente a cualquiera, la *litis contestatio* producía su efecto extintivo, pero por convención especial entre las partes podía evitarse este efecto ⁷. En consecuencia, con esta garantía el fiador, quién no tenía un interés personal en el asunto, pero si estaba expuesto a pagar la totalidad de la deuda, aunque después pudiese obrar con el deudor.

La incorporación de los beneficios de excusión y de división modificaron radicalmente la relación del acreedor con los fiadores haciéndola más justa. Por lo que se refiere al beneficio de división, recordaremos que en el numeral anterior hicimos referencia a la ley *furia*, en la que se estableció que la deuda garantizada se dividía de pleno derecho entre los *sponsores* y los *fidepromissores*; sin embargo esta ley no era aplicable a los fiadores. El fiador no gozaba del beneficio de división de pleno derecho, tenía que ser invocado, efectuándose la división al momento de la *litis contestatio* entre los fiadores solventes (este beneficio no podía ser invocado por los fiadores del tutor y los que negaban su obligación), por tanto cualquier obligación accesoria sería divisible, únicamente si así lo solicitaba el fiador, al momento del cobro; asimismo, si pagaba por error más de lo que le correspondía, no

⁷ Bravo González, *opcit.* Pág. 118.

podía reclamar la parte que hubiera excedido.

En lo relativo al beneficio de discusión, éste resultó más innovador aún, ya que el fiador que era perseguido por el acreedor, le daba el mandato de proceder primero en contra del deudor principal, lo que en nuestro derecho ha sido llamado el beneficio de orden, esto lo lograba el fiador por la forma en que se hacía la pregunta *Idem dare fideiubes*, esto es, lo que no logre darme el deudor principal ¿prometes dármelo?, por tanto el fiador se comprometía bajo la condición de que si el deudor no pagaba o pagaba parcialmente, éste respondía de la deuda. Cabe hacer mención que estos procedimientos sólo eran aplicables con el consentimiento del acreedor.

Posteriormente, Justiniano decidió que el acreedor debía obrar primero contra el deudor principal y, a falta de pago de éste, después podía obrar en contra de los fiadores, con lo que el acreedor no podía directamente llegar a cobrarle al fiador, ya que el fiador accionado antes que el deudor, podía negarse a pagar en tanto que el deudor no fuera requerido del pago y demostrara que era insolvente aún con la venta de sus bienes.

Estas características adicionales diferenciaron a la *fideiussio* de la *sponsio* y *fidepromissio*, ya que si bien es cierto que en éstas el beneficio de división era de pleno derecho, también lo es que los deudores accesorios carecían de los beneficios de orden y excusión.

Asimismo, la *fideiussio* estableció que si el fiador es un deudor accesorio y lo accesorio sigue a lo principal, por tanto todas las

excepciones que competen al deudor principal, competen también al fiador, incluso contra la voluntad del deudor. Los fiadores contaron también con la posibilidad de la cesión de las acciones del acreedor, para que el fiador que pagaba pudiera repetir en contra de los cofiadores y del deudor.

Finalmente, se debe hacer mención de que la fianza no se establecía únicamente por la *stipulatio*, sino que también se formaba por el mandato cualificado o *mandatum pecuniae credence*, y por el *consitutum debiti alieni* o constituto de deuda ajena ⁸.

El *mandatum pecuniae credence* o mandato de apertura de crédito se asemejaba a la fianza, porque el mandatario asumía el riesgo del crédito al mandante. Teniendo como característica que en el contrato de mandato, la obligación no recaía sobre el cumplimiento de la deuda nacida del préstamo, sino que versaba sobre la reparación de los daños. Los beneficios de excusión, de cesión de acciones y de división se otorgaban, a semejanza de la *fideiusso*, al mandante.

Por su parte en el *consitutum debiti alieni* el que se constituía en deudor por una obligación ajena respondía de ella accesoriamente, pero en los términos del pacto constitutorio, ya que si la deuda principal sufría cambios, no afectaba al obligado accesorio; además de que la obligación accesorio subsistía aún cuando la obligación principal garantizada tan solo existiera en el momento de su celebración, o bien se hubiera hecho inexigible la obligación por prescripción o cualquier otra causa. Además de que era un contrato no

⁸ Ventura Silva, *opcit.* Pág. 336.

formal, sancionado únicamente por una acción pretoria de pagar una suma adeudada.

2. LA FIANZA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Toda vez que fue el derecho español el que rigió en nuestra sociedad hasta que se inició la codificación en México, los antecedentes de la fianza que en el derecho español se localizan tienen, para el presente estudio jurídico, especial interés. Al respecto he de destacar que el principio del derecho romano de la estipulación influyó a los juristas y compiladores españoles, que reprodujeron las solemnidades y fórmulas de las estipulaciones romanas.

El antecedente más remoto que se conoce de la fianza en la legislación española se encuentra en un código llamado de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio, promulgado en 1348. En la partida quinta, título XII, se contempla ampliamente la fianza, definiéndola como la obligación que tiene una persona para pagar o cumplir si su fiado no lo hace ⁹.

En esta legislación la obligación se adquiría mediante la fórmula Prometo, que de a vos o a fulan tal cosa ¹⁰. Las siete partidas señalaban que: Aquel que prometiera pagar la obligación del fiado en caso de incumplimiento de éste (*puedela demandar aquel en cuyo nome fue fecha, al que la fizo*) podía demandar el reembolso de lo que hubiere pagado.

Este ordenamiento estableció la prohibición a los clérigos,

⁹ Molina Bello, *opcit.* Pág. 9.

¹⁰ Ruíz Rueda Luis, *La Fianza de Empresa a Favor de Tercero*, Impresora Barrié, México 1956. Pág. 92

labradores y mujeres para ser fiadores, pero conservó la noción romana de que la fianza constituía una obligación accesoria y susceptible de garantizar obligaciones naturales, continuando con la tradición de los contratos *verbis*, así como la transmisión por herencia de la obligación fiadora. De igual forma conservó los beneficios de división, orden y excusión.

El apego a las solemnidades del régimen romano, desapareció en el Ordenamiento de Alcalá, cuya ley única del título XVI se refiere a las estipulaciones. Es a partir de la expedición de este ordenamiento que la palabra estipulación dejó de tener en España y entre nosotros, el significado restringido heredado del derecho romano, para convertirse en sinónimo de contrato. Esta ley derogó la forma y solemnidades del derecho romano, para que fuesen obligatorios los contratos verbales a que se daba el nombre de estipulación ¹¹.

3. LA FIANZA EN LA ÉPOCA PREHISPÁNICA

Si quisiéramos encontrar antecedentes de la fianza concebida como garantía de pago, veremos que en la época prehispánica, el cumplimiento de obligaciones por un deudor accesorio, era conocido y operado por los aztecas. Los aztecas contaban con una forma de garantizar el pago de una deuda personal, las cuales eran hereditarias y surgía así un tipo de afianzamiento familiar.

De esta manera, cuando un deudor caía en la insolvencia, tenía que pagar en vida con sus servicios como esclavo a su acreedor, y si

¹¹ Idem. Pág. 94.

moría, la deuda la asumía el hijo por herencia ¹².

Podía haber fianza por deuda de varias personas, específicamente de los miembros de una o dos familias, de modo que una persona podía servir como esclavo, para el pago de una deuda. En este caso, los miembros de la familia solían relevarse de tiempo en tiempo y la muerte de alguno de ellos no libraba la deuda de los demás, motivo por el cual esta fianza se consideraba ciento por ciento hereditaria.

Las consecuencias de este sistema fueron tan sensibles que en 1505 el rey Nezahualpilli de Texcoco la abrogó.

4. LA FIANZA EN EL MEXICO INDEPENDIENTE

En el México independiente se iniciaron los primeros proyectos para expedir leyes que regularan la fianza, con el fin de que ésta estuviera más acorde con el modo de vida económico, político y cultural del pueblo mexicano. En **1870** con la expedición del Código Civil, el cual entró en vigor el 1º de marzo de 1871, se estableció que la fianza tenía el carácter de contrato y que podía otorgarse a título oneroso; esta ley tuvo una vigencia limitada ya que fue abrogada por el Código Civil de 1884 ¹³.

En este ordenamiento se define a la fianza como la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otro, si éste no lo

¹² Molina Bello, *opcit.* Pág. 10

¹³ Ruiz Rueda Luis, *La Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos*, México 1985. Pág. 17.

hace; dispone también en el artículo 1818 que “es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida”; la excepción a esta disposición se marcó en los artículos 1819 y 1820 al señalar que, si la nulidad procedía de incapacidad personal del deudor y el fiador tenía conocimiento de dicha incapacidad al tiempo de obligarse, la obligación fiadora subsiste si la obligación principal es válida al menos naturalmente, aún cuando el deudor principal rescindiera su obligación.

De estas disposiciones se desprende que, en el Código Civil de 1870, existía reconocida una forma de obligaciones naturales, conservando una marcada influencia del Código Civil Francés, condicionando la validez de la fianza a la validez civil de la obligación principal. En opinión del maestro Rojina Villegas ¹⁴, en nuestro derecho no tenemos porque introducir la hipótesis de las obligaciones naturales, para considerar que en ese caso la fianza es válida; resulta más fundado explicar el por qué de la validez de la fianza respecto a una obligación anulable, toda vez que la suerte de lo accesorio no sigue a lo principal.

Cabe hacer mención que el Código Civil de 1870 conservó, en su mayoría, las disposiciones de la *fideiussio* del derecho romano, al no requerir formalidad alguna para el perfeccionamiento de la fianza, bastando el simple consentimiento de las partes; las obligaciones del fiador se trasmitían a los herederos; conservó los beneficios de división, orden y excusión a manera de excepción y aceptó la división

¹⁴ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Contratos, Tomo II, Cuarta Edición, Edit. Porrúa, 1990. Pág. 244.

de la fianza en legal, judicial y convencional. De las características que este ordenamiento introdujo al contrato de fianza destacan:

- * La capacidad exigida para ser fiador, es la misma que se exige para contratar; la única limitante que se estableció fue para las mujeres que no podían obligarse como fiadoras.
- * Para que la obligación del fiador fuere exigible, la obligación principal debía ser civilmente válida.
- * Se admite, por vez primera, que la fianza se otorgue a título oneroso.

Como ya lo habíamos señalado, la vigencia de este ordenamiento fue limitada; sin embargo y a pesar de que el **Código Civil de 1884** abrogó al de 1870, en lo relativo a la fianza conservó casi intactas las disposiciones del anterior. Destaca el hecho de que en el Código de 1884 se reconoce la capacidad de la mujer para celebrar el contrato de fianza; así como la modificación al artículo 1818, suprimiendo los artículos 1819 y 1820, que eran los únicos que hacían referencia a las obligaciones naturales descartando dicha categoría de obligaciones.

Asimismo, en el Código Civil de 1884 se establece en el artículo 1711 que la fianza no se presume, debe constar expresamente; de lo que se desprende que la voluntad del fiador ha de manifestarse expresamente por la palabra o la escritura, y en la misma forma el acreedor deberá aceptar la fianza.

Por su parte, en el **Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928**, promulgado el 30 de agosto del mismo año, se introdujeron numerosas innovaciones en la materia de fianzas, a éstas hago una breve referencia, ya que se abordaran a mayor profundidad en el capítulo siguiente:

I. Por vez primera se define a la fianza como el contrato por virtud del cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. II. Conserva la posibilidad de afianzar deudas futuras y sobre bienes no fungibles. III. La responsabilidad de los herederos es exigible en forma proporcional a lo que les corresponda de la masa hereditaria. IV. Es nula la fianza que recaiga sobre una obligación nula. V. Hace la separación de la fianza civil de la mercantil y hace aplicables sus disposiciones a aquellas fianzas que se otorguen por individuos o compañías en forma accidental en favor de determinadas personas, siempre y cuando no se otorguen en forma de póliza, se anuncien públicamente o se empleen agentes que las ofrezcan. VI. Tratándose de fianzas judiciales y legales, los fiadores no contarán con los beneficios de orden y excusión.

5. FIANZA MERCANTIL, ANTECEDENTES

Una vez que hemos analizado brevemente las disposiciones que, en general, regularon a las fianzas, resulta indispensable hacer referencia a la problemática que se presenta para determinar cuándo la fianza tiene el carácter civil y cuándo debe reputarse mercantil, lo que, inevitablemente, nos lleva a hablar de la fianza de empresa.

Del análisis que se realiza a la legislación que regula a las fianzas de empresa, se desprende que las garantías que éstas otorgan reúnen justamente las características que excluye el artículo 2811 del Código Civil Federal vigente, dado que las compañías que las expiden se constituyen para tal fin, cuentan con una autorización específica para tales actos y hacen de esta actividad una profesión. Aunando al hecho de que las fianzas se extienden en pólizas y las compañías las anuncian públicamente, empleando agentes para ofrecerlas.

I. DECRETO DEL 3 DE JUNIO DE 1895

Como consecuencia de la influencia de Estados Unidos en las actividades industriales y comerciales que desde el Siglo XIX se presenta en nuestro país, con el propósito de que el Ejecutivo Federal pudiera otorgar concesiones a compañías nacionales o extranjeras que caucionaran el manejo de empleado públicos o particulares, el 3 de junio de 1895 se expidió la primera ley relativa a compañías de fianzas.

Esta noción de fianza de empresa, consideró que este contrato era específicamente diferente de la fianza del derecho común, y no precisamente por ser un contrato a título oneroso, ya que esta característica estaba contemplada desde 1970 en el Código Civil, sino que la iniciativa de ley facultaba a la Secretaría de Hacienda para otorgar las autorizaciones administrativas que exigía el artículo 640 del Código de Comercio, que sólo requería de la autorización administrativa y la posterior aprobación del Congreso Federal para establecer y operar instituciones de crédito o bancarias; por tanto la

iniciativa en cuestión dejaba a salvo la autorización del Congreso al contrato, considerando a las instituciones de fianzas como compañías bancarias.

De este modo, si el único propósito que se persiguió para autorizar la operación de compañías, nacionales o extranjeras, que otorgaran fianzas a título oneroso, la consecuencia lógica era que este tipo de fianzas, inequívocamente, quedaban comprendidas en la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio y por tanto se reputaban como actos de comercio, quedando fuera de la regulación del Código Civil; surgiendo con ello la diferenciación de las fianzas civiles y mercantiles, que para objeto del presente trabajo recepcional es de suma importancia, en virtud de la desnaturalización mercantil que de la fianza de empresa se presenta cuando se constituye como garantía del interés fiscal, como si ese sólo hecho la sacara de la esfera jurídica en la cual fue concebida, tema que será desarrollado a profundidad en el capítulo cuarto.

Profundizando en los orígenes de la fianza de empresa, la exposición de motivos del **Decreto que fija las Bases para Otorgar Concesiones a Compañías de Fianzas** (3 de junio de 1895), mencionaba que la experiencia demostraba la presencia de grandes dificultades para los empleados públicos que, conforme a las leyes debían caucionar su manejo, cumplieran con esa obligación; por tanto el propósito del otorgamiento de concesiones a compañías nacionales o extranjeras con el fin de que ejecuten operaciones de caución, era para garantizar el manejo de los funcionarios y empleados públicos que debían cumplir tal requisito y, adicionalmente, para prestar fianzas

semejantes a favor de los Estados, Municipios, compañías y particulares.

Este Decreto constituye la primera referencia sobre afianzamiento de empresa regulado por reglas específicas, que además fue explícito al determinar la naturaleza mercantil de las fianzas que, al amparo de este decreto se otorgaran precisando que “Se ha cuidado, en lo general, de sujetar a las compañías concesionarias a las reglas comunes del Código de Comercio y Legislación vigente, introduciendo sólo aquellas modificaciones que se han creído absolutamente indispensables”¹⁵. Además de que estableció las bases sobre las cuales el Ejecutivo Federal podía celebrar contratos con las compañías que obtuvieran la autorización para otorgar fianzas a los empleados del Gobierno Federal. Los contratos de concesión se sujetaron, entre otros, a lo siguiente:

- a) Las Compañías Afianzadoras deberán establecer su domicilio en la Ciudad de México y será considerada como mexicana, aún cuando todos o algunos de sus miembros sean extranjeros.
- b) El término de la concesión no excederá de veinte años y la concesión no podrá ser traspasada a otra persona.
- c) La Compañía concesionaria quedaba exceptuada de toda clase de impuestos y contribuciones, con la salvedad de los que se recaudasen en la forma de timbre.

¹⁵ Exposición de Motivos del Decreto que Fija las Bases para Otorgar Concesiones a Compañías de Fianzas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1895; extracto del Diario de Debates de la Cámara de Diputados, sesión del 23 de mayo de 1895.

- d) Las Compañías Afianzadoras debían depositar en la Tesorería General de la Federación la cantidad de \$100,000.00 para garantizar las responsabilidades que asumieran al momento de otorgar fianzas.

En lo relativo a las fianzas que se otorgaran destaca que:

- a) Todas las fianzas y garantías se extenderían en la forma y términos que respectivamente, y conforme a las leyes, exijan la Secretaría de Hacienda, los Gobiernos de los Estados, los funcionarios y los empleados autorizados para admitir y aprobar dichas cauciones, los documentos otorgados tenían la fuerza de instrumentos públicos.
- b) Se fijó un mínimo en los honorarios (primas) de las Afianzadoras, en \$25.00, facultándose a la Secretaría de Hacienda de retener el sueldo del empleado federal para pagar la prima de su fianza, si éste no lo hacía oportunamente.
- c) Las fianzas que otorgue la Compañía serán exigibles durante el tiempo por el cual se extiendan y tres años después, salvo que se estipulare un plazo mayor.
- d) El pago hecho por la Afianzadora la subrogaba en los derechos y acciones del Fisco para obtener del empleado público su reembolso, dejando a salvo el derecho preferencial del Gobierno sobre los bienes del responsable, si el monto de la responsabilidad excediere el importe de la caución.

El procedimiento para la reclamación de pago a las Compañías Afianzadoras, sobre las fianzas otorgadas para garantizar los desfalcos a erario público por sus empleados consideraba que:

- a) Una vez hecha la notificación de la reclamación, la Afianzadora tenía de 8 a 30 días para hacer el pago, mismo que se tendría que realizar mediante depósito en efectivo ante la Tesorería General de la Federación.
- b) En caso de que la Afianzadora no realizara el depósito referido, la Secretaría de Hacienda estaba facultada para hacerlo con cargo al depósito de los cien mil pesos que la Afianzadora había efectuado para garantizar sus responsabilidades al momento de la firma del contrato de concesión. Las Afianzadoras estaban obligadas a restituir dicho depósito en un plazo de diez días, so pena de perder la concesión.
- c) La Afianzadora estaba facultada a cerciorarse de la existencia del desfalco cometido.
- d) Las fianzas podían ser canceladas mediante un simple escrito dirigido a las autoridades acreedoras, para que el fiado rindiera un informe de la situación en que se hallaban las obligaciones garantizadas, en este caso la fianza continuaba su vigencia durante los 30 días posteriores al aviso.
- e) Las Afianzadoras podían nombrar inspectores para proteger sus intereses; pero una vez nombrados éstos actuaban bajo la

dirección de la Secretaría de Hacienda.

Llama particularmente la atención que este decreto fue concebido para darle a esta Ley, una vigencia limitada al periodo de receso inmediato en que entró el Congreso (Primer párrafo del artículo único del decreto), hecho que en definitiva no podría cumplir con los fines mencionados en la propia exposición de motivos del decreto, en virtud de que los intereses del Gobierno no podían quedar protegidos mediante un decreto con una vigencia tan escasa.

La consecuencia lógica de una norma concebida con una vida tan corta, derivó en que la única aplicación que tuvo, según datos que se encuentran en la Memoria de la Hacienda de 1894-1895, fue el contrato de concesión con la American Surety Company de Nueva York, dedicada a expedir fianzas de fidelidad.

Tal y como se conoce al contrato de fianza mercantil o de empresa en nuestros tiempos, la crítica que se puede hacer a las disposiciones contenidas en el Decreto del 3 de junio de 1895 son muchas; sin embargo y por haber sido el impulso inicial en la diferenciación de la fianza civil de la fianza eminente mercantil es de gran trascendencia.

Es en este sentido que no podemos desdeñar que al haberse considerado, por vez primera, la posibilidad de autorizar la operación de Compañías Afianzadoras, se facilitaba la existencia de empresas que se dedicaran exclusivamente a otorgar las garantías referidas en el artículo 75 del Código de Comercio.

II. LEY DE 1910

Cuando estaba por fenecer la vigencia del contrato de concesión celebrado con la American Surety Company y ante la solicitud de ésta de prorrogar la autorización obtenida de la Secretaría de Hacienda, se elaboró y envió al Congreso el proyecto de **Ley que establece las Reglas a que deben sujetarse las Compañías Legalmente Constituidas que sean Autorizadas por el Ejecutivo de la Unión para Expedir Fianzas en Favor de la Hacienda Pública Federal** cuya exposición de motivos señaló:

“No es conveniente limitarse a prorrogar el contrato de 1895, con las modificaciones que aconseja la experiencia, sino que es mucho mejor para el buen servicio de todas las Compañías nacionales o extranjeras que llenen determinadas condiciones, y presten suficientes garantías, puedan ser autorizadas para otorgar fianzas en favor de la Hacienda Pública Federal, autorización que, si las compañías interesadas lo solicitan, podrá extenderse a otra clase de cauciones distintas de las que se dan por el manejo de caudales, y que tengan por objeto garantizar el pago de impuestos, así como las obligaciones y responsabilidades de contratistas. Por este medio, los particulares y empresarios tendrán facilidades para llenar el requisito de la garantía que según los casos tengan que prestar” ¹⁶.

De lo anterior se desprende que el Ejecutivo de la Unión, una vez

¹⁶ Exposición de Motivos de la Ley que establece las Reglas a que deben sujetarse las Compañías Legalmente Constituidas que sean Autorizadas por el Ejecutivo de la Unión para Expedir Fianzas en Favor de la Hacienda Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1910; extracto del Diario de Debates de la Cámara de Senadores, sesión del 13 de diciembre de 1909.

que comprobó los beneficios que le producía contar con compañías dedicadas expresamente al otorgamiento de cauciones, buscó ampliar el campo de aplicación de estas, tanto por lo que a concesiones se refiere, toda vez que por la escasa duración del Decreto de 1895 solo se logró otorgar una autorización, pretendiendo hacer extensiva dicha autorización a otras compañías que se habían acercado a la Secretaría de Hacienda solicitando autorización para llevar a cabo operaciones de la misma naturaleza; pero además se estima que el afianzamiento que realicen estas compañías puede extenderse a garantizar el pago de impuestos o las obligaciones y responsabilidades de contratistas, con lo que se pretendía proteger la certeza de los ingresos de la Hacienda Pública.

La Ley se compuso de 9 artículos en los cuales, de alguna manera, se reproduce lo dispuesto en el Decreto de 1895, pero destaca el hecho de que se establezca que en el escrito en que las compañías pidan la autorización, expresarán la clase de cauciones que se propongan expedir. Así según el tipo de fianzas que las compañías quisieran expedir, se fijó el monto del depósito en efectivo o bonos de la deuda pública que tendrían que otorgar.

En cumplimiento del artículo 7º de la Ley, un mes después la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, emitió el Decreto que contenía las Disposiciones expedidas para el Régimen de Fianzas que otorguen a favor de la Hacienda Pública las Compañías que soliciten y obtengan del Gobierno Federal la Autorización correspondiente (Diaro Oficial de la Federación 24-06-1910), las disposiciones señalaron que todas las fianzas se extenderán en forma de póliza y la responsabilidad

de las Compañías por las fianzas que otorguen se limitará a lo que expresen sus propios términos; así surge en nuestro derecho positivo mexicano la literalidad del contrato de fianza mercantil.

Con estos ordenamientos se reconocen tres tipos de fianzas: a) las que garantizaban el manejo de los funcionarios públicos federales (actualmente conocidas como de fidelidad); b) las que garantizaban los ingresos del fisco, tales como impuestos, rentas y multas (conocidas como administrativas); c) las que garantizaban el cumplimiento de obligaciones de contratistas frente al Estado (llamadas también administrativas). Adicionalmente se establece la posibilidad de otorgar fianzas de carácter preventivo para garantizar el manejo de los empleados que sustituían a otros.

Las Reglas fijaron los montos que, como premio anual (prima) por las fianzas de los funcionarios y empleados públicos se otorgaran, pero dejaba libre la posibilidad de las Afianzadoras de fijar las primas que estimaran convenientes respecto de las fianzas que otorgaran por particulares, empresas y contratistas.

Algo muy importante que se incorporó a esta legislación fue que, en protección de las Afianzadoras, se autorizó a las compañías a promover ante los tribunales juicios contra las resoluciones administrativas que las condenaran a pagar el monto de las garantías otorgadas, si se inconformaban con dicha resolución y competía a los tribunales dirimir si estaban obligadas o no al pago de las mismas.

De igual forma, las reglas establecieron la posibilidad de que dos

o más compañías afianzaran al empleado público, considerándolos como obligados solidarios. Las Afianzadoras no gozaban de los beneficios de división, orden y excusión. El plazo de vigencia de las fianzas era de un año, prorrogable por otro igual.

Esta legislación ha sido duramente criticada y se dice que fue a todas luces insuficiente, imperfecta y en una palabra, ineficaz para proteger los intereses gubernamentales ¹⁷. Pero no solo se puede criticar su limitada eficacia para proteger los intereses del gobierno, más criticable resulta el hecho de que se pensara en que sólo los intereses de éste tendrían que ser puestos a salvo por compañías que contaran con solvencia acreditada, asegurando el pago de las sumas afianzadas mediante los depósitos en dinero o bonos de deuda que tenían que constituir las compañías, privilegio del que los particulares carecían en sus operaciones comunes, ya que no podían acceder a este tipo de fianzas para obtener garantías de otro tipo más que las previstas en el Código Civil.

Es indudable que la Revolución hizo justicia a los particulares y con la publicación de la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1925, se dejó en libertad a las compañías para convenir con los particulares los requisitos de las fianzas que se expidieran entre ellos.

III. LEY SOBRE COMPAÑÍAS DE FIANZAS DE 1925

La fiebre legislativa que invadió al Congreso de la Unión,

¹⁷ Ruiz Rueda, *opcit.* Pág. 19.

después de la Constitución de 1917, no fue ajena a regular a las Afianzadoras y el 8 de abril de 1925, el Presidente Plutarco Elías Calles emite la Ley sobre Compañías de Fianzas. Respecto a esta ley se debe mencionar, en principio, que tuvo una vigencia muy limitada, estuvo en vigor un año, y en esta se califica expresamente a las compañías de fianzas como instituciones de crédito, a las que por tanto les serían aplicables las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Destacan en este ordenamiento que, es una reproducción de la anterior ley, las compañías de fianzas se debían constituir en forma de sociedades anónimas, con un mínimo de siete socios y con un capital social mínimo que variaba en función del tipo fianzas que expidiera, mismas que podían ser:

- a) En favor de la Hacienda Pública Federal, Gobiernos del Distrito y Territorios Federales, así como los Municipios;
- b) En favor de particulares, ya sean individuos o sociedades; y
- c) Judiciales ante los tribunales federales y los del fuero común del Distrito y Territorios Federales.

Esta situación dio origen a dos nuevas posibilidades en las fianzas de empresa, ya no solo se garantizaban los intereses de la Hacienda Pública, sino que los particulares podían garantizar sus obligaciones mediante las fianzas que expidieran estas compañías y además frente a las autoridades judiciales podían ofrecerlas también.

IV. REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA FIANZA DE EMPRESA EN EL PERIODO 1926-1942.

Un año después de la publicación de la Ley de 1925 se expidió la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1926, que incorporó a su articulado el de la Ley de Compañías de Fianzas de 1925.

Así por ejemplo el artículo 2 de la ley del 25 pasó al 5º fracción VIII de la ley bancaria de 1926 y ésta reprodujo literalmente el artículo 27 de la de 1925, que se convirtió en el 247 de la nueva. No omito mencionar que, en esta última legislación no se introdujeron modificaciones substanciales a la fianza.

Los pocos cambios que se incorporaron versaron, en su mayoría, en el aumento o disminución del capital social, los depósitos a que estaban obligadas las Afianzadoras, la constitución de un fondo de reserva del 10% de sus utilidades hasta llegar a una tercera parte del capital social, así como una nueva variante de afectación de los depósitos sujetos a las responsabilidades de la compañía por las cauciones que otorgue, aplicable cuando la compañía no hiciera oportunamente el entero de las cantidades que se le reclamen.

Esta ley conservó el criterio preciso de distinción de las fianzas que constituían el objeto propio de la actividad de las compañías fiadores, frente a las fianzas del derecho civil, aunque fueren onerosas:

ARTÍCULO 247. Los individuos y compañías no autorizados en los términos de esta Ley, sólo podrán practicar las operaciones a que se refiere el artículo 223, siempre que no las ejecuten habitualmente y con el público en general, sino accidentalmente y con reducido número de personas; que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan.

En 1928 se promulgó el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que entró en vigor el 1º de octubre de 1932. En él se incluyó una disposición que es exactamente la correlativa del artículo 247 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926:

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

Relacionando ambas disposiciones, la del código y la de la ley bancaria, se encuentra en ellas una regla precisa para la calificación de las fianzas en civiles y mercantiles, resultando que éstas últimas son las onerosas que se otorgan en forma sistemática, profesionalmente y utilizando formularios impresos, como todo contrato de adhesión.

V. LEY DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1942.

Expedida por el Presidente Manuel Avila Camacho, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1943, este ordenamiento jurídico estuvo inspirado en una noción eminentemente mercantil, en la que ubicó a la fianza de empresa ajustándose al Código de Comercio, con lo que la fianza de empresa se convirtió en un contrato mercantil típico o nominado, clasificado, por virtud de esta norma, en un acto de comercio. Así, por disposición de esta ley, para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso en cualquier ramo, se requería autorización del Gobierno Federal.

La Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, puede resumirse así:.

1. Prohíbe las operaciones sistemáticas de fianza onerosa a las personas físicas y a las morales que no sean sociedades anónimas de capital fijo.
2. Prohíbe la práctica sistemática de operaciones de fianza onerosa en México a las empresas extranjeras.
3. Somete a las compañías de fianzas a una vigilancia constante de la Secretaría de Hacienda, la que de esta manera sigue el desenvolvimiento de las actividades de aquéllas, a través de una serie de controles que se entienden sobre su organización, su contabilidad, el volumen de sus operaciones, las bases técnicas y jurídicas de las mismas, las contragarantías que deben

proporcionar los fiados, la inversión de su capital y reservas y, en una palabra, sobre su íntegro funcionamiento.

4. Sanciona las contravenciones de las instituciones de fianzas a las disposiciones legales y reglamentarias con multas, suspensión de los efectos de la autorización y aún con la revocación de la misma.
5. Sanciona a los particulares que contravengan sus disposiciones con privación de la libertad y con multas. Esto significaba ilicitud y no solamente ilegalidad de los contratos de fianza celebrados con quienes no sean empresas mexicanas de fianzas, debidamente autorizadas.
6. Obliga a todas las autoridades administrativas y judiciales del país a aceptar las fianzas otorgadas por las instituciones autorizadas.
7. Establece un régimen especial de contratación de fianzas para garantizar obligaciones en favor del Estado, para resolver las controversias que las mismas susciten y para ejecutar los fallos correspondientes.
8. Contiene normas de derecho privado relativas al contrato mercantil de fianza onerosa, aunque son de carácter transitorio
9. Con igual carácter contiene normas de derecho mercantil y de derecho procesal, aplicables a las operaciones de las empresas con terceros.

Ahora bien, en lo que se refiere a las características particulares de la fianza se debe desatacar que dejó de clasificar a las fianzas en función del beneficiario, para basar dicha clasificación en la operación de la fianza, quedando como ramos para las Afianzadoras (art. 5 Ley de Instituciones de Fianzas): a) fianzas para caución de personas que tengan a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos o privados; b) fianzas ante autoridades judiciales; c) cualesquiera otra.

En el ámbito procesal (arts. 92-98 Ley de Instituciones de Fianzas) se estableció que en caso de controversia entre una Institución de Fianzas y el fiado o el acreedor, cualquiera de las partes debía acudir ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para solicitar sus buenos oficios y arreglar la controversia, y en caso de no llegar a una conciliación, se dejaban a salvo los derechos para hacerlos valer ante los tribunales competentes, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ordenará a la Institución de Fianzas que constituya, por el monto que se designe, una reserva por obligaciones pendientes de pago. Los tribunales no podían dar entrada a demanda alguna contra una compañía de fianzas, si con la demanda no se exhibe el oficio de la Secretaría de Hacienda en que ésta declare administrativamente si la empresa afianzadora está obligada o no a cubrir las prestaciones que se le reclamen. Obtenida sentencia en firme, el juez la notificará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que requiera de pago a la Afianzadora y, en caso contrario, para que se la autorice a retirar la reserva constituida.

Tratándose de hacer efectiva una fianza otorgada para garantizar

obligaciones en favor de la federación, de los Estados, del Distrito o de los Territorios Federales, o de los Municipios, y la institución de fianzas no hiciere el entero de las cantidades reclamadas dentro de los treinta días después de haberse hecho el requerimiento de pago; la entidad acreedora presentará su reclamación ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual correrá traslado a la compañía, para que produzca su contestación en el término de cinco días. Se concedía un término probatorio ordinario de diez días y, cinco días después de su vencimiento, se efectuaba una audiencia de alegatos, la Secretaría pronunciaba su resolución dentro de los diez días hábiles siguientes.

Ahora bien, para mayor constancia de la determinante influencia mercantil de esta ley, la exposición de motivos en su párrafo final señaló: “Entre las disposiciones transitorias se colocan unas reglas que en definitiva deberán formar parte de un Código de Comercio” ¹⁸, estas disposiciones se referían a la necesidad de que se legislara en materia del contrato de fianza onerosa, a los que refutó como actos de comercio y estableció que las instituciones de fianza no gozarán de los beneficios de orden y excusión.

VI. LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1950.

En virtud de que esta Ley es la que, a la fecha, se encuentra en

¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1943; extracto del Diario de Debates de la Cámara de Diputados, sesión del 28 de diciembre de 1942

vigor y a ella me referiré de manera detallada en los capítulos subsecuentes, me limitaré a mencionar que este ordenamiento no fue innovador frente al de 1942, más bien incorpora los artículos transitorios, de forma ordenada y sistemática, creándose con el propósito de encontrar un perfeccionamiento en los sistemas de operación y un mejoramiento en la estabilidad económica y en la liquidez de las instituciones.

Las modificaciones que esta Ley incorporó se refieren a:

1. La ampliación del volumen de responsabilidad de las Afianzadoras.
2. Al sistema de operación que se estructuró de modo que las instituciones sólo otorguen fianza cuando tengan suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de fiadoras.
3. Estableció una marcada inclinación hacia el régimen de reafianzamientos, sobre fianzas que excedan la capacidad de pago de la institución.
4. Se creó el título denominado “Régimen Económico” que abandona el sistema de las leyes anteriores que sólo exigían el capital social y las reservas invertidas en determinados bienes, señalando limitativamente los activos que deben tener las instituciones de fianzas, señalando límites máximos a cada renglón de activo, estableciendo sanciones a aquellas instituciones

que violen las reglas y límites máximos de inversión.

5. Modificó el régimen fiscal de excepción de la Afianzadoras, a fin de que quedaran sometidas al poder impositivo de la Federación.
6. Reglamenta especialmente el procedimiento de liquidación administrativa, a fin de que en estos casos pueda obtenerse con mayor celeridad que en el procedimiento judicial, el pago a los acreedores de las instituciones de fianzas.
7. Se modificó el sistema de contragarantías y pone en práctica el principio de que el apoyo principal de la solvencia de una institución de fianzas, consiste en las contragarantías otorgadas a favor de la institución fiadora.
8. Establece procedimientos especiales, en los que se procura la simplificación de trámites, para que los beneficiarios de fianzas tengan una vía expedita para hacer valer sus derechos, y para que las afianzadoras puedan recuperar rápida y eficazmente las cantidades que paguen como fiadoras.

B. EVOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXIGIBILIDAD DE LAS FIANZAS.

CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 143.

Desde 1950 que se emite la Ley Federal de Instituciones de

Fianzas, el único procedimiento especial contemplado se describe en el artículo 95, modificado en diversas ocasiones, relativo a las fianzas que se otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, que para hacerse efectivas debían observarse las siguientes reglas:

- I. Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado deberá comunicarlo a la dependencia especializada de la Tesorería de la Federación, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada.

Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar a la Tesorería de la Federación una copia de todas las pólizas de las fianzas que expidan a favor de la Federación. El incumplimiento de esta obligación se sancionará en los términos del artículo 110 de esta ley. (multa de \$10,000.00 a \$100,000.00).

La Tesorería de la Federación procederá a requerir de pago, en forma personal, a la institución deudora en su oficina matriz o en sus sucursales, cuando dicha matriz se encuentre fuera del Distrito Federal, debiendo hacerse el requerimiento de manera motivada y fundada y acompañado de los documentos que justifiquen la exigibilidad del crédito.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, se hará en los términos

anteriores, lo llevarán acabo las tesorerías locales correspondientes, y podrá hacerse mediante oficio con acuse de recibo.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de las instituciones, y los hechos por autoridades distintas de las tesorerías competentes de acuerdo con las disposiciones de este artículo.

- II. En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución de fianzas deudora, de que si dentro del plazo de 30 días naturales, contado a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo.
- III. La Tesorería de la federación, las Tesorerías del Distrito, de los Estados o Municipios, deberán remitir a la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, copia autógrafa del requerimiento, en la que conste la fecha en que fue recibido por la institución fiadora.
- IV. Dentro del plazo de treinta días naturales señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deudora deberá comprobar, ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que hizo el pago o que cumplió con el requisito de la regla V. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la misma Secretaría ordenará a la institución u organismo del

sector público que corresponda, se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución de fianzas, bastantes a cubrir el importe de lo reclamado.

V. El procedimiento de ejecución de que habla este artículo se suspenderá, cuando se compruebe que se ha presentado la demanda de que habla el artículo siguiente (se refiere al juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación), exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

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

- a) Por pago voluntario;
- b) Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;
- c) Por sentencia firme del Tribunal 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 tesoreros de las entidades respectivas.

Este procedimiento se crea porque, originalmente, el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, al hablar de la forma de hacer efectivas las garantías, excluyó del procedimiento administrativo de

ejecución, a las fianzas otorgadas por institución autorizada, contemplada en la fracción III del artículo 141 del mismo ordenamiento. Para mayor abundamiento se transcriben ambas disposiciones como estaban, antes de las reformas de 1988.

Código Fiscal de la Federación:

Art. 141.- FORMAS DE GARANTIZAR EL INTERES FISCAL.-

Los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal en alguna de las formas siguientes:

- I. *Depósito de dinero en la institución nacional de crédito autorizada para tal efecto.*
- II. *Prenda o hipoteca.*
- III. *Fianza otorgada por institución autorizada, la que no gozará de los beneficios de orden y excusión.*
- IV. *Obligación solidaria asumida por tercero que compruebe su idoneidad y solvencia.*
- V. *Embargo en la vía administrativa.*

Art. 143. FORMA DE HACER EFECTIVAS LAS GARANTÍAS.-

Las garantías constituidas para asegurar el interés fiscal a que se refieren las fracciones II, IV y V del artículo 141 de este Código, se harán efectivas a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Si la garantía consiste en depósito de dinero en institución nacional de crédito autorizada, una vez que el crédito fiscal quede firme se ordenará su aplicación por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El 30 de junio de 1988 se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Estas reformas alcanzaron al artículo 143 del Código Fiscal de la Federación para quedar de la siguiente manera (se subrayan el párrafo e incisos adicionados):

Art. 143. Las garantías constituidas para asegurar el interés fiscal a que se refieren las fracciones II, IV y V del artículo 141 de este Código, se harán efectivas a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Si la garantía consiste en depósito de dinero en institución nacional de crédito autorizada, una vez que el crédito fiscal quede firme se ordenará su aplicación por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tratándose de fianza a favor de la Federación, otorgada para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse exigible, se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución con las siguientes modalidades:

- a) *La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad. Para ello la afianzadora designará, en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, un apoderado para recibir requerimientos de pago y el domicilio*

para dicho efecto, debiendo informar de los cambios que se produzcan dentro de los quince días siguientes al en que ocurran. La citada información se proporcionará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que se publicará en el Diario Oficial de la Federación para conocimiento de las autoridades ejecutoras. Se notificará el requerimiento por estrados en las regiones donde no se haga alguno de los señalamientos mencionados.

- b) Si no se paga dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la propia ejecutora ordenará a la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que remate, en bolsa, valores propiedad de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado, y le envíe de inmediato su producto.

Como resultado de esta reforma al artículo 143, el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas sufre, en la misma fecha, modificaciones; en ellas se exceptúa del procedimiento especial contemplado en dicho precepto, a las fianzas que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, en cuyo caso remite a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación y, más concretamente, al artículo 143.

El Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el Cobro de Fianzas otorgadas a Favor de la Federación también se reforma con el decreto ya mencionado y su aplicación se limita a aquellas fianzas otorgadas a favor de la

Federación distintas a las que garantizan obligaciones fiscales a cargo de los particulares.

Así, con estas reformas la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quedó facultada para aplicar el procedimiento administrativo de ejecución a los requerimientos de pago de las fianzas que garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros, situación que fue motivo de controversia constante en los juicios de interpuestos por las instituciones de fianzas, y con la que se da origen a la desnaturalización de la fianza mercantil cuando se constituye como garantía del interés fiscal, ya que con esta disposición se confunde a la obligación fiadora con la que asume el obligado solidario, tema que será analizado y desarrollado, con profundidad, en el capítulo cuarto de esta tesis.

CAPÍTULO SEGUNDO:

MARCO JURÍDICO DE LA FIANZA MERCANTIL.

A) CONCEPTO DE FIANZA

Una vez que hemos hecho un breve recuento de los antecedentes más relevantes de la fianza, toca adentrarnos al estudio de las definiciones de ésta en nuestro derecho positivo vigente y en la doctrina; en este tema en particular me referiré a la definición legal de la fianza que señala el Código Civil Federal, que es el único ordenamiento que establece un concepto de Fianza, pero además, no perdiendo de vista que el objeto del presente trabajo recepcional de tesis lo constituye la mercantilidad de la fianza, habremos de analizar la regulación que de esta figura hacen tanto el Código de Comercio, así como la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que rige a la fianza de empresa en particular.

El Código Civil Federal destina un apartado especial para la fianza: el Título Décimo Tercero, definiéndola así en el artículo 2794:

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

De la definición anterior se desprende que, en principio, la fianza es un contrato y como tal es menester desmembrar sus elementos de

existencia: consentimiento y objeto materia del contrato. El consentimiento se da cuando una persona exterioriza su “compromiso” frente al acreedor a pagar lo que el deudor dejare de hacer, siendo el pago de una deuda ajena el objeto del contrato.

Los estudiosos del derecho han criticado duramente esta definición al señalar que se queda corta, principalmente, por que no hace mención expresa de la accesoriedad del contrato.

Entre los críticos del concepto que da el Código Civil Federal encontramos al maestro Rojina Villegas, quien señala que es necesario completar esta definición, indicando el carácter accesorio del contrato de fianza, por ser fundamental para las relaciones jurídicas que engendra, y precisar qué es lo que se obliga a pagar el fiador en caso de incumplimiento del deudor. Este autor la define como **“un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace”** 19.

En mi opinión aún cuando no consta de esta manera, el carácter de accesorio de la fianza se desprende del hecho de que una persona asuma el compromiso de cubrir una obligación del deudor, si éste no lo hace.

Sin pretender hacer una crítica a las hechas por los doctrinarios, considerando los sujetos que, de acuerdo a la definición intervienen,

19 ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil mexicano, Contratos, Tomo II, Porrúa, México, 1981. Pág. 241.

tenemos un acreedor, un deudor y un tercero; por tanto la accesoriedad va implícita, ya que la obligación principal corresponde al deudor y el fiador es el tercero que, en caso de negativa o insolvencia del deudor principal, responderá frente al acreedor.

Sin perjuicio de lo anterior, la definición transcrita es mucho más completa y afortunada, ya que precisar que la obligación fiadora es accesoría, no puede, de ninguna manera, considerarse como ocioso, pero de mayor relevancia resulta el acotar los alcances de la obligación que se asume con motivo de la fianza y que, en ningún caso, puede ser diferente o mayor a la que el deudor principal contrajo; consideración que el propio Código Civil Federal establece en el artículo 2799 que el fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal, en cuyo caso su obligación se reducirá a los límites de la del deudor.

De igual manera por lo que se refiere a la forma de pago de la obligación accesoría que la definición contempla “en igual o distinta especie”, el Código Civil Federal prevé que cuando el deudor principal se haya obligado a prestar una cosa o un hecho determinado, el fiador puede pagar una cantidad de dinero.

La posibilidad de pagar en distinta especie es de suma importancia cuando lo que se garantiza con la fianza no son deudas en numerario, sino obligaciones personales de hacer o no hacer, que solo el deudor principal puede cumplir, por tanto la obligación del fiador se reduce a cubrir con numerario el equivalente a una indemnización compensatoria por daños y perjuicios que el acreedor tendrá derecho a exigir al deudor.

Lo anterior, en concordancia con los artículos 2078 y 2104 del mismo Código Civil Federal, que señalan que el pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y quien este obligado a prestar un hecho y no lo hiciere de acuerdo a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios.

Así, en la búsqueda de una definición más completa y redondeando la necesidad de expresar la accesoriedad de la fianza habría que agregar, además, **siempre que la obligación principal sea válida**, elemento sin el cual la fianza no puede existir, condicionante contemplada en el artículo 2797 del Código Civil Federal que agrega que si la nulidad de la obligación puede ser reclamada mediante una excepción puramente personal del obligado, sobre la cual puede recaer la fianza.

Contra las críticas que tildan de incompleto el concepto legal, cabe tener en cuenta lo previsto en los artículos que componen el Título Décimo Tercero, ya que resulta, en exceso, pretencioso que en un solo artículo el legislador prevea todas y cada una de las variantes que componen esta figura.

Por tanto si existen disposiciones expresas en el Código Civil Federal que contemplan la accesoriedad, los límites y alcances de la obligación fiadora, así como los requisitos de existencia y validez; la concepción que el legislador realizó debe ser tomada en su conjunto.

CARACTERÍSTICAS DE LA FIANZA

i. SUJETOS

De la definición de fianza y el análisis que hemos realizado a dicho concepto, se desprende que alude a tres sujetos inmiscuidos en su dinámica: Fiador, Acreedor y Deudor. El primero se obliga con el segundo a pagar por el tercero si éste no lo hace.

Pese a ello, la relación jurídica surge entre el fiador y el acreedor, ambos acuerdan el pago por el primero al segundo si el deudor de éste no paga, acuerdo que es la esencia del contrato y que, para su funcionamiento, no requiere intervención alguna del deudor, su participación no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato; sin embargo, su oposición si limita la acción que en vía de regreso tenga el fiador.

Nada impide que la proyección del contrato de fianza esté en un acuerdo entre el deudor y un tercero ajeno a la relación de la que el deudor forma parte, en el sentido de que dicho tercero se compromete, no con el acreedor sino con el propio deudor a pagar por éste. Es obvio que este supuesto no es el contrato de fianza, ya que éste se da como un compromiso para pagar al acreedor *20*.

Por tanto los elementos que perfeccionan el consentimiento son aportados, exclusivamente, por dos sujetos quedando excluido el

20 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil, Teoría del Contrato, Contratos en Particular, Porrúa, México 2000. Pág. 733.

deudor. Este consentimiento se da entre el acreedor y el fiador, el primero al aceptar al segundo y éste al comprometerse frente al primero, resultando irrelevante la voluntad del deudor; ya que puede otorgarse la fianza con la anuencia del deudor, sin ella o aún contra su voluntad. Tal y como lo establece el artículo 2796 del Código Civil Federal “La fianza puede constituirse ... ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga”.

Desde el derecho romano nos encontramos con la característica anterior, y que se vino a resolver por lo que se refiere a la acción de reembolso, o repetición del fiador frente al deudor, de esta forma el artículo 2828 del Código Civil Federal obliga al deudor a indemnizar al fiador que paga, aunque no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza; pero si ésta se otorgo contra la voluntad del deudor principal, el fiador solo podrá cobrar lo que pagó, en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor. De lo que podemos concluir que la fianza es una relación jurídica que se da entre el fiador y el acreedor, por medio de la cual el primero se obliga con el segundo a responder por la deuda de un tercero (deudor principal).

ii. DIVISIÓN DEL CONTRATO DE FIANZA

La fianza es un contrato accesorio, generalmente unilateral, gratuito y excepcionalmente a título oneroso, conmutativo o aleatorio y consensual, exceptuando los casos de fianza judicial o de fianza otorgada en póliza *21*.

²¹ Rojina, opcit. Pág. 241

CONTRATO ACCESORIO

Dentro de la clasificación de contratos, en principales y accesorios, destaca la definición de los segundos que Rojina Villegas hace “Estos contratos accesorios son llamados también de garantía, porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa como principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza; o real, como la hipoteca y la prenda” 22.

La fianza es un contrato accesorio, que se comprende por la existencia de una obligación principal que garantiza el fiador 23.

El carácter accesorio de la fianza debe considerarse como su principal atributo, ya que cuando hay dos obligaciones una principal y la otra accesoria, la primera es la razón de la existencia de la otra. Es decir que la obligación que tiene existencia propia e independiente de la otra con la cual está conectada es una obligación principal, mientras que la obligación accesoria no encuentra en si misma la razón de su existencia, sino que depende de la existencia y legitimidad de una primera obligación 24.

El Código Civil Federal, como ya lo dijimos, en el artículo 2797, condiciona la existencia de la fianza a la de la obligación principal, por

22 FOJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Vigésima Edición, Edit. Porrúa, México 1990. Pág. 17.

23 PLANIOL MARCEL Y RIPERT GEORGES, Tratado elemental de Derecho Civil, Contratos de Garantía, Privilegios e Hipotecas, Tomo II, Décima Octava Edición, Edit. Cárdenas, México 1983. Pág. 20

24 VILLEGAS CARLOS GILBERTO, Las Garantías del Crédito, Tomo I, Segunda Edición, Rubiazal Culzoni Editores, Buenos Aires 1998. Pág. 80.

tanto el carácter accesorio de la fianza se entiende del hecho de que para que haya contrato de fianza, previamente debe existir una obligación principal válida cuyo cumplimiento garantiza el fiador. Así, una de las principales consecuencias jurídicas que se derivan de la accesoriedad de este contrato, se da con la inexistencia de la fianza a consecuencia de la inexistencia de la obligación principal, así como la nulidad absoluta de la obligación principal, motivará la nulidad absoluta de la fianza.

La segunda parte de dicho artículo se refiere a la nulidad relativa de la obligación principal, posibilitando que la fianza recaiga sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado; sin embargo, una vez que el deudor intente la nulidad oponiendo la excepción personal respectiva y obtenga una resolución judicial que declare dicha nulidad, la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal.

Invocando la técnica propia de las nulidades relativas, éstas por su especial naturaleza sólo permiten al perjudicado intentar la acción o la excepción siguiendo de aquí que cuando él no lo haga valer esta última en el caso de la fianza, se presume la ratificación tácita de la obligación principal y, consecuentemente, su convalidación, lo que motivará la validez de la fianza. Por la misma razón, si el deudor hace valer la excepción, aprovechará al fiador, pues al extinguirse la relación jurídica principal, correrá igual suerte la accesoria ²⁵.

²⁵ ROJINA VILLEGAS, *opcit.* Pág. 244.

En este sentido el artículo 2812 del Código Civil Federal dispone que “El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor”. Por tanto cuando la obligación garantizada este afectada de nulidad relativa, la suerte de la fianza estará en función de las acciones o excepciones que el deudor oponga.

No debemos confundir la inexistencia de la obligación principal, con el hecho de que se pacte dicha obligación a futuro y su monto no se haya cuantificado, ya que tratándose de obligaciones no nacidas, sujetas a condición suspensiva éstas pueden ser objeto de fianza. Sin embargo, la existencia de la fianza estará sujeta a que dicha obligación llegue a existir, esto es a que el acontecimiento futuro de realización incierta que condiciona la obligación principal se cumpla, o bien si la obligación garantizada en el momento no se ha cuantificado, la fianza solo podrá hacerse exigible hasta que la obligación principal sea líquida.

Por tanto el hecho de que la fianza exista, aún cuando en el momento en que se pacto, la obligación principal no, ello no significa que en estos casos la fianza sea un contrato principal, perdiendo su naturaleza de contrato accesorio, ya que la obligación fiadora sigue sujeta a la suerte de la obligación principal; esto es si la condición no se cumple, la obligación principal no existe, consecuentemente la obligación del fiador tampoco.

Ahora bien, la accesoriedad no implica que las obligaciones (principal y accesorio) no puedan separarse, toda vez que hay

ocasiones en que la fianza se extingue y la obligación principal subsiste, tal es el caso del fiador que se obliga por tiempo determinado, éste queda libre de su obligación si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo.

Igualmente en las fianzas otorgadas por tiempo indeterminado, el fiador tiene derecho de pedir al acreedor que requiera judicialmente al deudor el pago de la deuda principal, una vez que ésta sea exigible y dentro del plazo de un mes, si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o sien en el juicio entablado deja de promover sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de obligación.

Estos dos supuestos están previstos en los artículos 2848 y 2849 del Código Civil Federal, y no puede decirse que constituyan una excepción a la accesoriedad de la fianza, ya que lo excepcional sería lo contrario, es decir, que la obligación principal se extinguiere y la fianza subsistiere; las hipótesis planteadas no afectan en nada la accesoriedad, pues el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal es en la medida de la existencia de lo accesorio, lo cual no se traduce en que no siga esa suerte, sino simplemente que dejó de existir.

En resumen la accesoriedad de la fianza tiene las siguientes características:

- a) La fianza no puede existir si, previamente, no existe una

obligación principal que se garantice.

- b) Tratándose de obligaciones afectadas de nulidades relativas, la fianza subsistirá hasta en tanto la obligación principal no se anule.
- c) Las obligaciones futuras cuyo importe no este definido pueden ser garantizadas con fianza, que solo podrá hacerse exigible hasta que la condición se cumpla y la deuda principal sea líquida.
- d) La extinción de la fianza, no extingue la obligación principal.

CONTRATO UNILATERAL

De acuerdo a la división de los contratos que el Código Civil Federal establece, el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada (art. 1835).

La fianza se caracteriza como contrato unilateral, en virtud de que sólo el fiador se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; pero el acreedor no asume obligación alguna frente al fiador.

Recordando que con el contrato de fianza, la relación jurídica surge entre el fiador y el acreedor, quienes acuerdan que el primero pagará al segundo si el deudor de éste no paga, la unilateralidad se asume por el hecho de que el único que se obliga es el fiador, mismo que no recibe contraprestación alguna por parte del acreedor. A pesar

de que no existe ninguna disposición que prohíba que el acreedor pague al fiador alguna compensación por otorgar la garantía, lo que le daría un carácter de bilateral al contrato, esto en la práctica no se observa, ya que incumbe al deudor en todo caso, pagar al fiador un cierto premio, por el servicio que le presta al otorgar la fianza, como es el caso de las fianzas onerosas o la de empresa en la que existe el pago de una prima.

Sin embargo estas consideraciones son totalmente ajenas e independientes a la relación jurídica que se crea por el contrato de fianza entre acreedor y fiador, ya que si la voluntad del deudor no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato, el hecho de que entre el deudor y el fiador se pacte el pago de alguna cantidad, que tratándose de la fianza mercantil se denomina prima, en mi opinión el contrato de fianza es unilateral, ya que si el perfeccionamiento se da por el acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador, en dicho acuerdo el único que se obliga es el segundo, descartándose la reciprocidad de obligaciones.

La reciprocidad de las obligaciones contractuales implica necesariamente la estrecha interdependencia entre las mismas, debiendo perdurar su dependencia hasta la ejecución o cumplimiento de las obligaciones, ya que la existencia de reciprocidad propia de las obligaciones en los contratos bilaterales, no es lo mismo que correlatividad. Son contratos bilaterales, en un sentido propio o estricto, los que generan obligaciones de tal naturaleza que guardan entre sí una perfecta reciprocidad, siendo una la condición de la otra,

hasta el punto de que no se conciben aisladamente ²⁶.

De la cita anterior destaca la reciprocidad de las obligaciones que las partes pactan en los contratos bilaterales, reciprocidad que, sencillamente, en el contrato de fianza no existe, en virtud de que el acreedor no solo no asume ninguna obligación frente al fiador, como se da en los contratos bilaterales tales como el arrendamiento en el que por el pago de un precio cierto, se concede el uso o goce temporal de una cosa, o en la compraventa en la que se transfiere la propiedad de la cosa a cambio de un precio, también, cierto y determinado; aún cuando fuere el acreedor quien pague al fiador un premio o prima por la obligación que este asume, dicho premio no es con mucho proporcional o recíproco frente a la obligación que éste contrae frente al otro.

Menos aplicable resulta el pago que el deudor realiza al fiador, en las fianzas onerosas, ya que la prima que se pacta es infinitamente inferior al monto total que el fiador habrá de pagar en caso de que se haga exigible el contrato de fianza, aunado al hecho de que el deudor, propiamente, no es parte del contrato, sino que se asume como un tercero que, si bien es quien debe cumplir con la obligación principal, su incumplimiento no afecta al acreedor, quien por su parte y derivado de la relación jurídica que existe entre el y el fiador tiene garantizado el pago de dicha obligación.

Más aún cuando en cierto tipo de fianzas, el fiador no goza de los

²⁶ SANCHEZ MEDAL RAMÓN, De los Contratos Civiles, Teoría General del Contrato, Contratos en Especial, Décima Primera Edición, Edit. Porrúa, México 1991. Pág. 115

beneficios de orden y excusión, con lo que puede ser requerido de pago, sin necesidad de que, previamente, se haya acreditado la negativa o insolvencia del deudor, por tanto el pago que el fiador realiza de la obligación principal al acreedor, no se ve compensado con ninguna prestación que éste le otorgue.

Sin detrimento de las acciones que asisten al fiador en vía de regreso contra el deudor, si como en reiteradas ocasiones hemos señalado, mediante el contrato de fianza las obligaciones se pactan entre el acreedor y el fiador, y el segundo esta claro que no recibe ninguna prestación por parte del primero, el contrato de fianza debe reputarse, en todos los casos, como unilateral. Toda vez que las acciones del fiador pueden verse, incluso, afectadas si la fianza se otorga en contra de la voluntad del deudor.

Finalmente, el maestro Borja Soriano sostiene que para apreciar la naturaleza de un contrato se debe atender al momento en que se forma, de suerte que si en tal momento no hay reciprocidad en las obligaciones, el contrato será unilateral, sin tomar en cuenta que con posterioridad a la formación del contrato surjan obligaciones a cargo de la parte que en el inicio no las hubo ²⁷.

Con esto terminamos lo relativo al contenido obligacional, propiamente dicho, del contrato de fianza civil, que como ya dijimos genera obligaciones sólo a cargo del fiador, lo que indudablemente lo hace un contrato unilateral.

²⁷ BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, Vol. I, Segunda Edición, Porrúa México 1953. Pág. 135

CONTRATO GRATUITO Y, EXCEPCIONALMENTE, ONEROSO.

Sobre este punto en particular, debo hacer la aclaración de que esta clasificación se hace con base en la clasificación que, tradicionalmente, se hace del contrato de fianza civil; consecuentemente al hacer el análisis de la fianza mercantil o de empresa, que constituye el objeto de esta tesis, realizaré un estudio más profundo del carácter oneroso de la fianza. Sin perjuicio de esta aclaración, la presente clasificación no es ajena a la fianza mercantil, por el contrario le es, en toda su extensión, aplicable; sin embargo, en lo relativo a las características particulares de esta figura, se hará un análisis independiente.

El artículo 1837 del Código Civil Federal, establece que el contrato es gratuito cuando en él se establecen provechos exclusivamente para una de las partes; y es oneroso cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

La fianza civil es un contrato gratuito, en virtud de que concede al acreedor un beneficio o provecho, e impone al fiador un gravamen, sin que éste reciba a su vez una compensación. Puede pactarse un beneficio o prima a favor del fiador, y concederse por el deudor y el acreedor, en cuyo caso el contrato se convierte en oneroso y bilateral, siempre y cuando la prestación concedida al fiador se imponga en el contrato de fianza, pues si fuese un beneficio que previamente percibiera el fiador, la fianza en sí misma sería un contrato unilateral y

gratuito ²⁸.

Desmembrando los elementos que en su definición da el Código Civil Federal, la fianza se reputará onerosa cuando en provecho del acreedor el fiador asume como gravamen el responder de la obligación del deudor, el fiador recibirá a cambio una contraprestación que, generalmente, es en dinero.

Por tanto la fianza será a título gratuito cuando el fiador acepte pagar al acreedor por el deudor, en caso de que éste no lo haga, sin que exista de por medio un premio o compensación alguna que deban pagar el acreedor o el deudor al fiador; consecuentemente el fiador no recibe provecho alguno con la celebración del contrato, pero sí, en cambio, asume un gravamen: pagar por el deudor la obligación principal.

La distinción entre el contrato gratuito y el oneroso es la intención o animo de las partes contratantes. En el contrato gratuito hay un *animus* liberal, altruista. El benefactor tiene el propósito de favorecer a otro sin esperar obtener de él, a cambio, una contraprestación equivalente. El contrato oneroso, en cambio, está presidido por un *animus* egoísta, donde ambas partes contratantes celebran el acto con la intención de obtener de la otra una contraprestación de valor equivalente a la que dan ²⁹.

A pesar de que el contrato de fianza onerosa por excelencia, es el

28 ROJINA VILLEGAS. *Opcit.* Pág. 253

29 BEJARANO SÁNCHEZ MANUEL, *Obligaciones Civiles*, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1989. Pág. 38.

mercantil, el Código Civil Federal no establece prohibición para que la fianza se otorgue a título oneroso. En el artículo 2795 hace una subdivisión de la fianza y señala que pueden ser, entre otras, gratuita o a título oneroso.

Sobre este punto es pertinente aclarar que se reputa como fianza civil onerosa, aquella que se otorga por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan (art. 2811 Código Civil Federal).

CONTRATO ALEATORIO O CONMUTATIVO

Para que el contrato de fianza pueda ser ubicado en esta clasificación, es necesario remitirnos a la definición que el Código Civil Federal en el artículo 1838 condiciona, en principio, a que el contrato sea oneroso; por tanto dentro de esta clasificación únicamente se localizarán las fianzas, civiles o mercantiles, que sean otorgadas a título oneroso, esto es que en ella se estipulen provechos y gravámenes recíprocos.

De conformidad con dicho artículo, el contrato es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

Será aleatorio, cuando la prestación debida depende de un

acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que dicho acontecimiento se realice.

Debido a que esta subdivisión que hace el Código Civil Federal se constriñe exclusivamente a los contratos onerosos, cuando la fianza tenga el carácter de gratuita, no podrá hacerse referencia a que tiene carácter aleatorio o conmutativo, sin que por esa razón no se pueda hacer referencia a que las prestaciones que asume el fiador, deben ser ciertas y determinadas en forma precisa por lo que se refiere a su monto y alcance, asemejándose a la noción de un contrato conmutativo; además que al ser un contrato accesorio, participa del carácter conmutativo que tenga el contrato principal. Si por el contrario el contrato principal tiene una naturaleza aleatoria, tal suerte se hará extensiva al contrato de fianza.

Si consideramos que el contrato es conmutativo cuando las prestaciones son ciertas y determinadas desde que se celebra, siendo aleatorio cuando la existencia o cuantía de todas las prestaciones o de algunas de ellas, dependen de un acontecimiento futuro e incierto, o de un término incierto, tendremos que concluir que la fianza será conmutativa, por el solo hecho de que la prestación a la cual se obliga el fiador es cierta y determinada, no obstante que su exigibilidad depende de una condición, como es el hecho futuro e incierto del incumplimiento por parte del deudor ³⁰.

Por el contrario, si admitimos que el carácter fundamental para atribuirle naturaleza aleatoria a la fianza, descansa en la incertidumbre

³⁰ ROJINA VILLEGAS, *opcit.* Pág. 254.

que existe para exigir o no al fiador el pago de la obligación, mientras no sobrevenga el hecho futuro del incumplimiento por parte del deudor, tendríamos entonces que hacer la siguiente distinción: la fianza es aleatoria entretanto no sobrevenga ese hecho futuro del incumplimiento, pero una vez realizado, la obligación del fiador se convierte en conmutativa, tanto desde el punto de vista de que la prestación que deberá pagar es precisa en su monto o cuantía, cuanto porque se hace legalmente exigible ³¹.

CONTRATO CONSENSUAL

Toca ahora referirnos a la forma en que se reviste el contrato de fianza, al respecto el Código Civil Federal no hace mención alguna, de lo que se desprende que es un contrato consensual, esto es, que no se exige formalidad alguna para su constitución y por ende, el consentimiento pudiera ser tácito.

En este orden de ideas, si solo se requerirá la exteriorización de la voluntad de las partes contratantes, será válida la fianza que se otorga verbalmente; siempre que se pueda probar este hecho de manera plena, ya sea con la declaración de testigos, confesión, o cualquier otro medio de prueba.

Las voluntades que deben manifestarse son las del fiador y las del acreedor. No precisa acuerdo ni asentamiento del deudor, pues aún contra la voluntad expresa del mismo puede establecerse la fianza.

³¹ Ibidem.

A mi juicio esta posibilidad es un error, ya que la libertad plena para el otorgamiento de la fianza, en cuanto a su forma, genera inseguridad, lo que se opone con el principio fundamental de la fianza, que es darle certeza de pago al acreedor, mediante el contrato de garantía; consecuentemente la Ley debería exigir la forma escrita.

Ahora bien, el carácter consensual de la fianza tiene sus excepciones, tal es el caso de la fianza legal, judicial y la de empresa, es decir, aquella que se otorga en forma de póliza.

iii. TIPOS DE FIANZAS CIVILES

Según el artículo 2795 del Código Civil Federal la fianza puede ser: legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso. A continuación haremos una breve referencia de cada una de ellas.

FIANZA CONVENCIONAL: Es aquella cuya obligación de otorgamiento deriva, única y exclusivamente, de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contraten acreedor y fiador, aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal ³².

Es muy común que este tipo de fianza se presente en los contratos de arrendamiento de casa-habitación, en los que las partes convienen que exista un fiador civil o mercantil. De igual forma se presenta la fianza convencional en las obligaciones de cumplimiento

³² CONCHA MALO RAMÓN, La Fianza en México, Editorial Futuro Editores, S.A., México 1986. Pág. 46.

de contrato, en las que, de común acuerdo, las partes convienen en él la contratación de la fianza respectiva.

FIANZA LEGAL: De conformidad con el artículo 2850 del Código Civil Federal, es aquella que se otorga por disposición de la ley.

La fianza legal es simplemente un requisito previsto en la ley, que debe llenar una persona en determinada situación, pero que no es un simple deber técnico, sino un deber jurídico, ya que se puede obligar al deudor a otorgarla. (Excepción hecha de las fianzas legales que deben otorgar quienes entran a la administración de bienes ajenos, en los que el otorgamiento de la fianza viene a asimilarse a una condición resolutoria) ³³.

En este tipo de fianzas legales destacan las siguientes:

La exigida por el artículo 434 del Código Civil Federal a las personas que ejerzan la patria potestad, cuando han sido declarados en quiebra, o están concursados; cuando contraigan ulteriores nupcias; cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

La requerida para el representante del ausente, que no entrará a la administración de los bienes si dentro del término de un mes no presta la caución correspondiente (art. 660 Código Civil Federal).

La que deberán otorgar los herederos o el administrador, en

³³ Idem. Pág. 47.

relación con los artículos 682 y 683 del Código Civil Federal. En el caso del artículo 682, cada heredero dará la garantía que corresponda a la parte de bienes que administre (art. 687 Código Civil Federal). en el caso del artículo 683, el administrador será quien dé la garantía legal (art. 688 Código Civil Federal).

Otro ejemplo de este tipo de fianzas son las que debe otorgar el usufructuario conforme al artículo 1006 del Código Civil Federal, para garantizar que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia.

FIANZA JUDICIAL: De acuerdo con el ya citado artículo 2850 del Código Civil Federal, es aquella que se otorga como consecuencia de una providencia judicial. Esto quiere decir que la ordena el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, estas fianzas también están prescritas por la ley, para que pueda ejecutarse o surtir efectos un determinando acto procesal, lo que, irremediamente, las convierte en fianzas legales.

Como ejemplo de fianzas judiciales señalaré las siguientes:

La que referente a las providencias precautorias de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se pida el embargo de bienes para garantizar el resultado del juicio, el actor dará la garantía de responder por los daños y perjuicios que se generen (art. 391).

La que se da para que se otorgue la suspensión del acto reclamado en un juicio de amparo (art. 125 Ley de Amparo).

La prescrita en los casos de apelación en efecto devolutivo, para que no se ejecute la sentencia (art. 699 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

La requerida para que el síndico no sea removido de su encargo (art. 763 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

La exigida para los casos de sucesión para el albacea (art. 1708 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

La constituida conforme al artículo 20 constitucional, a efecto de que el acusado de un delito sea puesto en libertad, siempre y cuando no se traten de delitos en que por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

Los casos en que este tipo de fianzas judiciales deben otorgarse, son muchos y no es el propósito de este trabajo analizar todos los ordenamientos legales que las ordenan, por tanto solo me resta decir que el fiador que otorgue una fianza civil, además de tener la capacidad legal para contratar, debe contar con bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, con los que garantice suficientemente las obligaciones contraídas con motivo de la fianza.

Cuando la fianza sea para garantizar el cumplimiento de una obligación cuya cuantía no exceda de mil pesos, no se exigirá que el

fiador tenga bienes raíces.

La fianza podrá sustituirse con prenda o hipoteca. El fiador legal o judicial no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal, ni los que fian a esos fiadores pueden pedir la excusión de éstos, así como tampoco la del deudor.

iv. EFECTOS JURÍDICOS QUE ORIGINA LA FIANZA

EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Los efectos que produce la fianza entre estas partes están previstos y regulados en un capítulo así denominado en el Código Civil Federal “de los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor”; de su articulado se desprenden, principalmente, tres aspectos; en primer lugar las obligaciones que el fiador tiene frente al acreedor; en segundo término, las excepciones que el fiador puede oponer al acreedor y, en tercer lugar, los beneficios de orden y excusión a favor del fiador.

OBLIGACIONES: Según el artículo 2794 del Código Civil Federal, el fiador asume el compromiso de pagar al acreedor si el deudor no lo hace.

Esta obligación no es pura y simple, está sujeta a la condición suspensiva negativa “que el deudor no pague”.

Es una obligación de carácter personal del fiador, no sólo porque, responde con la totalidad de su patrimonio, sin afectar un bien específico, de la deuda ajena, sino porque es una obligación propia del fiador. Esta característica resalta especialmente en el caso de que el fiador haya renunciado a los beneficios de orden y excusión, en cuyo caso el acreedor puede demandar aún antes de demandar al deudor principal ³⁴.

Efectivamente, la obligación fiadora no está limitada más que por el monto de la deuda principal, así el fiador puede estar obligado a pagar al acreedor sin necesidad de precisar que el deudor no lo haya hecho. Es por esta razón que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal.

La obligación del fiador, es diferente de la del deudor principal, a pesar de que se define como pagar por el deudor si éste no lo hace, no estamos frente a un caso de coobligados; ya que ambas obligaciones pueden tener un objeto distinto, la del deudor puede ser un hacer y de del fiador un dar; como ocurre en los casos en que el fiador se obliga a pagar una cantidad de dinero, para resarcir al acreedor los daños y perjuicios que le cause que el deudor no preste una cosa o un hecho determinados.

Ambas obligaciones son tan diferentes que, pensar en su unidad sería un grave error, y resulta más gráfica en aquellos casos en que la obligación fiadora se extingue, pero la obligación principal subsiste.

³⁴ CONCHA MALO. Opcit. Pág. 17.

Puede el deudor renunciar a cualquier beneficio que lo libere de la deuda, incluso al de prescripción, o bien el de hacer valer la nulidad o rescisión de la obligación; sin embargo como la obligación fiadora es distinta de la principal, la renuncia que el deudor haga no impide que el fiador haga valer tales excepciones (art. 2813 Código Civil Federal).

Los alcances de la obligación del fiador están señaladas en los artículos 2799 y 2800 del Código Civil Federal, a los que ya nos hemos referido anteriormente, ésta no puede ser mayor ni tener más alcances que la del deudor, pero si puede ser menor. De acuerdo con el artículo 2799 del Código Civil Federal, la obligación fiadora puede, en cualquier caso, ser inferior a la principal, y cuando su monto exceda el de la obligación principal, ésta se reducirá a los límites de la del deudor. Ambas obligaciones no son mancomunadas, puesto que, a falta de pacto expreso o en caso de duda, el fiador se obliga a otro tanto que el deudor.

EXCEPCIONES: El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, quedando excluidas aquellas que sean personales del deudor (art. 2812 Código Civil Federal).

Además, como ya dijimos la renuncia que el deudor haga de cualquier causa de extinción de la obligación principal, no impide que el fiador las haga valer en forma de excepción.

Las excepciones que el fiador puede oponer se subdividen en dos: las que son inherentes a la obligación principal y las que son

inherentes a la fianza. Respecto de las segundas, cabe hacer la mención de que el Código Civil Federal en su artículo 2812, no las refiere; sin embargo esta clase de defensas, generalmente, constituyen el medio más importante para que el fiador se libere de su obligación.

Excepciones inherentes a la fianza:

Compensación. El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador, puesto que aquella es una excepción inherente a la obligación principal (art. 2199 Código Civil Federal).

Confusión. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor y deudor principal, se extingue la deuda, luego entonces también se extingue la fianza, pero si la confusión cesa, la obligación renace y también la garantía (art. 2206 Código Civil Federal). Igualmente ocurre cuando en la misma persona concurren las calidades de fiador y acreedor, la fianza se extingue, pero no la obligación principal. Si la calidad de deudor principal y fiador se reúnen en la misma persona, subsiste la deuda, habiendo un obligado directo, extinguiéndose la obligación accesoria.

Remisión. La remisión o condonación de la deuda principal, extingue la obligación fiadora, aún cuando el deudor la rechace (arts. 2210 y 2813 Código Civil Federal). La condonación de la obligación fiadora, no extingue la obligación principal. La liberación hecha por el

acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien ha otorgado (art. 2844 Código Civil Federal).

Novación. La novación extingue la fianza, pero el acreedor puede reservarse las garantías, siempre que cuente con el consentimiento del fiador (art. 2220 Código Civil Federal).

Prescripción. La prescripción de la deuda puede ser opuesta por el fiador, aunque el deudor hubiere renunciado a ella (arts. 1135, 1143 y 2813 Código Civil Federal).

Caducidad. El fiador que se ha obligado por tiempo determinado queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación.

Nulidad Relativa. Por incapacidad, error, dolo o violencia, cuando el fiador sufre estos vicios o es incapaz. También la nulidad relativa procede en los casos de inobservancia de la forma, cuando la fianza deba constar por escrito.

Nulidad Absoluta. Implican la nulidad absoluta del contrato de fianza, por ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

BENEFICIOS. El fiador tiene derecho, a no ser obligado a pagar mientras el deudor no hubiere sido requerido; tiene derecho, también, a que primero se agoten los bienes del deudor y sólo hasta entonces sean afectados los suyos. Estos derechos son conocidos como beneficios de orden y excusión, y operarán a favor del fiador, sin más excepción que cuando éste haya renunciado expresamente a ellos.

En términos de lo previsto por el artículo 2814 del Código Civil Federal, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

El **beneficio de orden** toma su nombre del presupuesto que debe existir a la exigencia de pago al fiador, pues primero debe requerirse de pago al deudor para luego, y sólo así, poder requerir al fiador. Este beneficio deriva de la definición propia de la fianza “contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”. La obligación fiadora está sujeta, consecuentemente, a una condición suspensiva “que el deudor no pague”.

Significa que el fiador no puede ser demandado sino hasta que ya lo haya sido el deudor principal, y a pesar de ello no se hubiere obtenido satisfacción, exclusivamente por carecer de bienes en los cuales trabar ejecución en cumplimiento de una sentencia condenatoria, pues si el deudor es absuelto en virtud de alguna excepción suya, declarada procedente, la obligación principal se

extingue y por consecuencia la accesoria, pudiendo en ese caso el fiador alegar excepción de cosa juzgada *35*.

A diferencia del criterio anterior, de que para que el fiador pueda ser compelido al pago, el acreedor, previamente, deba acreditar la insolvencia del deudor en ejecución de sentencia, tenemos la opinión en contra del maestro Rojina Villegas, a la que me adhiero, quien señala:

No requiere la ley en el beneficio de orden, que el acreedor obtenga sentencia condenatoria en contra del deudor, y que con fundamento en la misma demande al fiador, pues es materia del beneficio de excusión no sólo aquella exigencia previa, sino además, que se ejecute la sentencia dictada contra el deudor, y no existan bienes suficientes para el pago. Hasta entonces, podrá el acreedor demandar al fiador, es decir, compelerlo judicialmente a pagar; pero si se renuncia el beneficio de excusión, y no el de orden, el acreedor podrá demandar al fiador, sólo después de haber exigido judicialmente el pago al deudor, y éste no lo hiciere *36*.

Ahora bien, en caso de que el fiador hubiere renunciado al beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor y al fiador, para obtener sentencia en la que se condene a ambos, pero como el fiador conserva el beneficio de excusión, no podrá ser ejecutado, hasta en tanto no se agoten los bienes del deudor. (art. 2822 Código Civil Federal).

35 CONCHA MALO. Opcit. Pág. 19

36 ROJINA VILLEGAS. Opcit. Pág. 303

Si por otra parte, habiendo renunciado al beneficio de orden, y el acreedor sólo demande al fiador, éste puede, al amparo del artículo 2823 del Código Civil Federal, denunciar el pleito al deudor, para que éste oponga todas las excepciones inherentes a la obligación, incluyendo las personales, rinda pruebas y se sujete al resultado del juicio; toda vez que si no sale en defensa de sus derechos en el mismo, la sentencia que se pronuncie en contra del fiador le perjudicará.

Esta posibilidad no sólo es un derecho, sino que también es una obligación del fiador, pues es la manera más idónea de hacerle saber al deudor que fue requerido de pago, ya que en caso contrario el deudor podrá oponerle todas las excepciones que tenga en contra del acreedor.

El beneficio de orden sólo podrá aprovechar al fiador cuando este lo invoque, en vía de excepción, al momento de ser demandado de pago.

El **beneficio de excusión** consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto. (art. 2815 Código Civil Federal)

Esto significa que el acreedor debe ejecutar la sentencia que haya obtenido, primero sobre los bienes del deudor principal, y sólo si este es insolvente para cubrir con sus bienes la deuda, podrá entonces afectar el patrimonio del fiador, ya sea por el monto total de la obligación principal, ya sea por el saldo insoluto. Queda claro, entonces, que el acreedor, en la ejecución de la sentencia, deberá agotar

primero todos los bienes del deudor, de suerte que se extinga o reduzca dicha deuda, y solo si éstos no fueran suficientes, podrá ejecutar al fiador por la parte restante no cubierta.

Existen causas por las cuales el beneficio de excusión no puede ser opuesto por el fiador, éstas se refieren a la imposibilidad material o jurídica para ejecutar al deudor, las cuales están señaladas en el artículo 2816 del Código Civil Federal que establece que la excusión no tendrá lugar:

- I. *Cuando el Fiador renunció expresamente a ella.*
- II. *En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor.*
- III. *Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República.*
- IV. *Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador.*
- V. *Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.*

Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador son indispensables los requisitos siguientes: (art. 2817 Código Civil Federal)

- I. *Que el fiador alegue el beneficio luego que le requiera de pago.*
- II. *Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.*

III. *Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.*

Por tanto, no basta con que el fiador cuente, por disposición de la ley, con el beneficio de excusión, sino que debe invocarlo por vía de excepción al momento de dar contestación a la demanda del acreedor, señalando en dicho escrito los bienes del deudor, mismos que deberán estar dentro del distrito en que se realizará el pago, asegurando los gastos de la excusión.

Ahora bien, si el deudor adquiere bienes después del requerimiento si se descubre los que hubiese ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido.

El acreedor puede obligar al fiador a que haga la excusión en los bienes del deudor. Si el fiador, voluntariamente u obligado por el acreedor, hace por sí mismo la excusión y pide plazo, el juez puede concederle el que crea conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación.

No es mi intención profundizar mucho en ambos beneficios, ya que como veremos más adelante, en la fianza de empresa no se dan estos beneficios para las afianzadoras.

EFFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

Las consecuencias producidas por la fianza entre fiador y deudor aparecen en el capítulo III del Código Civil Federal, denominado “De los

efectos de la fianza entre el fiador y el deudor”.

Dicho capítulo se compone de nueve artículos; de su contenido destaca el principio de justicia de que la obligación de pago corresponde al deudor; por tanto, el sentido de las disposiciones legales que lo componen, gira en torno a los casos en que el fiador paga, en los cuales será el deudor quien haga que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la existencia del adeudo. Es decir, el acreedor resarcido, el fiador liberado de la obligación accesoria y el deudor que pagó lo debido.

Con base en este principio de justicia, el fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Sin embargo, cuando la fianza se otorgó en contra de la voluntad del deudor, el fiador sólo tendrá derecho de cobrar al deudor, hasta donde el pago le hubiere beneficiado (art. 2828 Código Civil Federal), esto es a lo que se ha llamado como acción de reembolso o de repetición. El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (art. 2830 Código Civil Federal), conocida como acción de subrogación.

La acción de reembolso o repetición tiene por objeto que el deudor indemnice al fiador, aunque haya ignorado el otorgamiento de dicha fianza, de lo que hubiere pagado éste al acreedor, más los intereses, gastos, daños y perjuicios sufridos.

La subrogación es el acto por el cual el fiador sustituye al acreedor en todos los derechos y acciones que éste tenía en contra del

deudor, para recuperar lo pagado.

Con el cumplimiento por el garante de su propia obligación fideiusoria quedará satisfecho el interés perseguido por el acreedor en el derecho de crédito de que era titular frente al deudor fiado. En consecuencia, desaparecerá, en virtud del pago verificado por el fiador, aquel vínculo obligatorio que mediaba entre el mismo acreedor y el deudor fiado, y que motivó la constitución y posterior desenvolvimiento práctico de la relación obligatoria de la fianza *37*.

Ahora bien, dicha relación de fianza no se desvanece por completo en la realidad jurídica, por el hecho de haber alcanzado aquélla la función económico social para la que se hallaba destinada, sino que, al contrario, pervivirá la fianza proyectando ahora su eficacia jurídica en la relación que, de inmediato, nace entre el fiador y el deudor en efecto del cual hubo de verificarse el pago. La subrogación no es sino un sistema traslativo de créditos y, como tal, sólo permitirá al nuevo titular - en nuestro caso el fiador - la obtención de lo que le era debido al acreedor originario en razón al crédito de que se trate, objetivado por el importe satisfecho realmente por el adquirente *38*.

De las citas anteriores se desprende que la subrogación se opera, precisamente porque la obligación principal no se extingue por efecto del pago realizado por el fiador, ya que lo que se extinguió fue la obligación fiadora, pero la obligación principal subsiste. Esto significa que el deudor se libera respecto del acreedor, pero continúa obligado

37 ALONSO SÁNCHEZ BEATRIZ, Protección del Fiador en Vía de Regreso, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1993. Pág. 23

38 Idem. Pág. 30

frente al fiador en virtud del pago que éste realizó.

El derecho de la subrogación es de tal importancia que está no solo previsto en el artículo 2830 del Código Civil Federal, sino que está garantizado por el artículo 2845 de dicho ordenamiento legal, de modo que, los fiadores, aún cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor. De esta manera, la subrogación opera por ministerio de la ley, cuando el que paga una obligación de la que no es deudor, tiene a pesar de ello el interés jurídico de que dicha obligación se cumpla. En resumen lo que la ley busca es que el fiador no tenga por que pagar en última instancia si el no debía substancialmente en lo personal.

Queda claro que la obligación principal no se extingue por el pago que el fiador haga al acreedor; sin embargo, si está es negociada o transigida, el fiador no podrá demandar al deudor por el total de la obligación principal, sino que únicamente tendrá derecho sobre lo que haya pagado en realidad.

Para proteger sus derechos, el fiador que hace el pago, debe ponerlo en conocimiento del deudor, ya que en caso contrario podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago; estas excepciones no podrán oponerse, si el fiador pago en virtud de un fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacerlo del conocimiento del deudor (arts. 2832 y 2834 Código Civil Federal).

EFFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

Es el caso de que un mismo deudor respecto de una misma deuda tenga dos o más fiadores; el pago debe hacerse en su totalidad por cualquiera de los fiadores, si no se pactó su división entre ellos, pues si por el contrario se dividió, sólo pagará cada fiador lo que le corresponda y otras cuestiones relacionadas. Este punto lo reservaré para estudiarlo de manera amplia en el punto correspondiente a la cofianza o cofianzamiento.

B) MERCANTILIDAD DE LA FIANZA

La razón por la que hemos precisado el concepto de fianza y analizado sus características, así como los efectos que produce entre las partes, todo ello en el ámbito civil, cuando el propósito de la presente tesis consiste en analizar la desnaturalización de la fianza mercantil, estriba en el hecho de que es el Código Civil Federal el único ordenamiento legal que da un concepto de fianza, ya que como veremos ni el Código de Comercio ni la Ley Federal de Instituciones de Fianzas proporcionan una definición de fianza mercantil.

Ante la problemática de precisar en que casos la fianza tiene un carácter civil y cuándo debe reputarse como mercantil, nos obliga a referirnos, de nueva cuenta, al artículo 2811 del Código Civil Federal que sujeta a las disposiciones del título décimo tercero a las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de

póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan; con lo que nos proporciona los elementos de exclusión y que, como más adelante veremos, son las características primordiales de la llamada fianza de empresa.

No podemos considerar como ocioso todo el análisis hecho de la fianza civil, en virtud de que el Código de Comercio, en su artículo 2, establece la aplicación supletoria del derecho común, entiéndase civil, a falta de disposiciones específicas. El capítulo I del título primero de este ordenamiento se refiere a los actos de comercio y a los contratos mercantiles en general, y a pesar de que la fianza no se encuentra incluida en el artículo 75, que es el que enumera los actos de comercio, lo que nos podría hacer pensar que no existe tal mercantilidad, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo segundo establece que las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan. A mayor abundamiento, el artículo 113 de este ordenamiento precisa que en lo no previsto por esta ley regirá la legislación mercantil y a falta de disposición expresa el Código Civil Federal, mientras no se opongan a lo dispuesto en la Ley Especial.

Se dice que será mercantil aquella fianza que se otorgue en forma sistemática, por medio de póliza, con publicidad y a través de agentes; ello tomando como referencia las prohibiciones del artículo 2811 del Código Civil Federal. Este criterio ha sido duramente criticado por la doctrina, que consideran que la única conclusión válida que se puede deducir del citado precepto, es que la fianza civil no puede otorgarse

en la forma señalada, pero no se puede concluir que por el solo hecho de que no sean civiles, obligadamente deban reputarse como mercantiles.

Aunque válida la crítica, pues no corresponde al Código Civil Federal regular o reglamentar las cuestiones mercantiles; la misma ha sido superada por la Ley sustantiva, como se comprueba con la referencia que ya hice de los artículos 2 y 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Sin embargo existen autores como Concha Malo que consideran que la fianza de empresa regulada por esta ley, “no es la única forma de fianza mercantil existente en nuestro derecho, a pesar de muy autorizadas opiniones en contra”³⁹. A pesar de ello y para efectos de este trabajo, el que lo elabora acepta el criterio de que la fianza mercantil por excelencia, la constituyen las otorgadas por las instituciones de fianzas, denominada como fianza de empresa por el Licenciado Luis Ruíz Rueda en la revista Jus en 1945, denominación que ha sido aceptada y adoptada ya por los estudiosos del tema.

Como ya lo mencionamos en el capítulo primero de antecedentes, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 vigente, incorporó a su articulado las disposiciones transitorias de la derogada ley de 1942, en el ordenamiento anterior, la autoridad tenía la preocupación de que el Código Comercio se incorporará un apartado específico para el contrato de fianza onerosa, así lo decía la exposición de motivos y así se consigno en el artículo primero

39 CONCHA MALO. *Opcit.* Pág. 49

transitorio, mismos que fueron retomados en el artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente.

Al respecto, he de destacar que existió el Proyecto de Código de Comercio de 1955, elaborado por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes de la Secretaría de Economía, en el que se incluía un capítulo, en el título undécimo del libro cuarto, dedicado a la reglamentación de la fianza de empresa; sin embargo, dicho proyecto no llegó a ser, al menos, iniciativa de ley; por lo que, para analizar la mercantilidad de la fianza, habremos de remitirnos a las disposiciones que si alcanzaron a consagrarse en leyes y que conceden el carácter de mercantil a la fianza de empresa, hecho que no da margen a discusión.

La determinación de la mercantilidad de la fianza obliga a recordar el campo de acción del derecho mercantil. “Si decimos que el derecho mercantil es el derecho del comercio, habrá necesidad de saber qué se debe entender por comercio, al respecto, se ha considerado que comprende por una parte, el hecho de producir mercancías y, por la otra, el hecho de hacerlas circular para ponerlas a disposición del consumidor” 40.

Si consideramos que son objeto de la regulación mercantil, de acuerdo al Código de Comercio, los actos que realizan los comerciantes (art. 3); los actos que tienen una índole comercial, independientemente de quienes los realicen (art. 4); aquellos que faciliten o aseguren un acto de comercio asumen su carácter mercantil. Procede, entonces, aceptar que la fianza de empresa resulta

40 VÁZQUEZ DEL MERCADO ÓSCAR, Contratos Mercantiles, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A.

eminentemente mercantil, toda vez que las instituciones que las otorgan se constituyen con arreglo a las leyes mercantiles y obtienen su autorización en términos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; los actos que realizan tienen un índole comercial (art. 2 Ley Federal de Instituciones de Fianzas), pueden facilitar o garantizar un acto de comercio, sin que ello sea una limitante, toda vez que aunque la fianza garantice una obligación eminentemente civil, la accesoriedad no modifica su naturaleza mercantil.

i. CONCEPTO

En ausencia de un concepto legal, podemos definir a la fianza de empresa, como un **contrato accesorio, por el cual una institución de fianzas, a título oneroso y mediante la expedición de una póliza, se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, si éste no lo hace.**

Como se desprende de esta definición, la fianza de empresa responde casi al mismo concepto que la fianza civil, es decir su objeto es el mismo, garantizar el cumplimiento una obligación principal que le es ajena. Por lo que se refiere a las consecuencias que produce entre las partes son casi iguales, digo casi porque como veremos más adelante, en la fianza de empresa el fiador no goza de dos de los beneficios otorgados al fiador civil.

SUJETOS

Son los mismos que intervienen en la fianza civil; sin embargo,

en la fianza de empresa existen algunas variantes, principalmente por lo que se refiere al fiador:

Afianzadora: Es la persona que se obliga a pagar por el fiado, si éste no lo hace y debe reunir las siguientes características: Ser una sociedad mercantil del tipo de las anónimas, de nacionalidad mexicana. Contar con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para operar como empresa afianzadora y otorgar fianzas a título oneroso, mediante la expedición de pólizas.

Beneficiario: Es el acreedor en la relación contractual de la obligación principal, y se entiende como la persona física o moral ante quien se otorga la fianza.

Fiado: Es el deudor o la persona que debe cumplir con la obligación principal, y es la persona física o moral a nombre de quien se emite la póliza de fianza.

ii. DIVISIÓN DEL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA

Del concepto de fianza de empresa que, en este apartado dimos, que únicamente adecua el ya transcrito anteriormente del maestro Rojina Villegas, se desprende que este tipo de fianza es un contrato accesorio, unilateral, oneroso, conmutativo, formal y de adhesión

En este capítulo ya hemos explicado estos conceptos aplicables a la fianza civil, por lo que me limitaré al análisis de aquellos en los que no se profundizó y fueron reservados para este apartado.

Contrato Oneroso. La fianza de empresa es un contrato oneroso, y no precisamente porque se reúnan los presupuestos del artículo 1837 del Código Civil Federal de establecer provechos y gravámenes recíprocos, sino porque es otorgada por una sociedad mercantil que, además de ser en vía de consecuencia un comerciante, persigue un fin de lucro, esto es la obtención de una ganancia por el servicio que presta, mediante el cobro de una prima.

De acuerdo con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, su función es regular a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso; prohibiendo a toda persona física o moral, distinta de éstas, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso (arts. 1 y 3). Por tanto si estas sociedades mercantiles se constituyen con el único propósito de otorgar fianzas a título oneroso y son las únicas que lo pueden hacer de manera habitual, el servicio que presten estará condicionado al hecho de que quien contrata con la institución fiadora debe cubrir la cantidad que por concepto de prima le fije ésta.

El monto de las primas que se fija no es arbitrario, ya que éstas se sujetan a tarifas aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo al artículo 85 de esta ley, las instituciones de fianzas deberán presentar ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para efectos de registro y vigilancia, la documentación que utilicen relacionada con la oferta, solicitud y contratación de fianzas o la derivada de estas.

Además de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará los tipos de fianzas que por su naturaleza deban

considerarse peligrosas, señalando las primas y la proporción de las garantías, entre otra documentación y demás condiciones de colocación de dichas fianzas.

Con las primas, las instituciones de fianzas están obligadas a constituir las reservas que dicha ley les marca, tales como las reservas de fianzas en vigor - que se forman con el porcentaje de la prima bruta correspondiente a la primera anualidad de vigencia y permanece constituida hasta que la fianza se cancela -, de contingencia - y las demás que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece (arts. 46, 47 y 48). Estas reservas forman parte de la acreditada solvencia de que gozan dichas instituciones.

Contrato Conmutativo. Puesto que las prestaciones de la afianzadora y del solicitante son ciertas desde el momento de la celebración del contrato y puede apreciarse el beneficio o pérdida que les cause, sin condicionar tal apreciación a un acontecimiento incierto.

Contrato Formal. La fianza de empresa es formal porque debe constar por escrito, y más concretamente, en pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como los de ampliación, disminución, prórroga, avisos de aceptación y los documentos relativos a las modificaciones (art. 117 Ley Federal de Instituciones de Fianzas);

Respecto de la formalidad, el Código de Comercio establece que, la validez de los contratos mercantiles dependerá de la observancia de la forma cuando, con arreglo a la ley, deban reducirse a escritura o

requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia (art. 79).

Por tanto, la falta de otorgamiento de la póliza acarrea la nulidad absoluta de la obligación fiadora. Aún cuando, de conformidad al artículo 2228 del Código Civil Federal, la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa del acto jurídico; esto no ocurre con el contrato de fianza, toda vez que la única manera que la ley sustantiva contempla para que la institución afianzadora se obligue, es a través de la emisión de la póliza respectiva.

No podemos, entonces, hablar de nulidad relativa, en virtud de que ésta permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos y, tratándose de la fianza de empresa, el acreedor o beneficiario carece de todo derecho ante la empresa afianzadora, hasta en tanto no se otorgue la póliza. Más aún cuando, en materia procesal, la prueba que se exige al beneficiario para acreditar la existencia de la fianza, es la documental; esto significa que deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada.

Para comprobar que, efectivamente, la formalidad de la fianza constituye el elemento de validez de la obligación, basta recordar que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que las empresas afianzadoras **sólo se pueden obligar por medio de pólizas, y el beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada** (art. 117).

Por tanto, el consentimiento debe hacerse constar por escrito,

esto es en la póliza, es de tal importancia la forma en esta figura jurídica, que la misma ley sustantiva establece que todas las fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas se presumirán, salvo prueba en contrario, legalmente válidas y las instituciones no podrán objetar la capacidad legal de quien las suscriba.

En resumen al celebrarse el contrato de fianza mercantil o de empresa, la institución afianzadora debe expedir una póliza, ésta es un documento que debe contener las indicaciones que fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Característica especial del contrato de fianza de empresa, es que cada vez que se expide una fianza, la institución deberá tener suficientemente garantizada la recuperación, para la eventualidad del cumplimiento de su obligación, y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenta.

Finalmente, solo resta decir que la fianza de empresa es un contrato de adhesión, que, no sólo ya se encuentra impreso, sino que por ello, se imponen al contratante las cláusulas del mismo.

iii. DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA CIVIL Y LA FIANZA MERCANTIL O DE EMPRESA

- a) En materia **normativa**, la fianza civil y la mercantil tienen diferencia en cuanto al ordenamiento jurídico que las rige, así

para la fianza civil rigen en materia sustantiva el Código Civil Federal y, en su caso, el Código Civil para el Distrito Federal, en tanto que para la fianza de empresa le es aplicable la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y supletoriamente el Código de Comercio. En materia **adjetiva**, para la primera rige el Código de Procedimientos Civiles correspondiente y para la segunda el Código Civil Federal en aplicación supletoria en todo lo no previsto por el Código de Comercio.

- b) Una diferencia que es de suma importancia entre la fianza civil y la de empresa, es la relativa a los **beneficios de orden y excusión**. Por un lado, en el caso del fiador civil, éste gozará de estos beneficios salvo que expresamente renuncie a ellos; en el caso de la fianza mercantil, se sujetará al artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, el cual prescribe que éstas no gozan de los beneficios de orden y excusión.
- c) Por lo que toca a la **formalidad**, en el caso de la fianza civil no se requiere, porque es consensual y se perfecciona con la voluntad de las partes; por el contrario, como ya vimos, en la fianza de empresa es requisito indispensable de validez la expedición de la póliza.
- d) En lo relativo a los **sujetos que la otorgan**, en materia civil, generalmente, el fiador es una persona física, excepcionalmente, una persona moral, mismas que tienen la prohibición legal de otorgar habitualmente fianzas a título oneroso; en cambio la fianza de empresa solo puede ser otorgada por compañías de

fianzas que cuenten con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

- e) Constituye otra diferencia, el que la fianza civil, generalmente, se otorga a **título gratuito**, sin que ello sea excluyente de la posibilidad de otorgar fianza civil a título oneroso; pero esta dualidad no existe con la fianza de empresa, la cual, invariablemente, se otorgará a **título oneroso**.
- f) Las **formas de extinción** de las fianzas presenta también diferencias, esto significa que la obligación de las afianzadoras se extinguirá por caducidad si el beneficiario no ejerce su derecho de cobro dentro de los 180 días siguientes a que la obligación principal se haya hecho exigible, y por prescripción en un plazo máximo de tres años contados a partir de la fecha en que se haya presentado la reclamación dentro de los 180 días citados. Por otra parte la obligación fiadora civil se extingue si el acreedor no demanda judicialmente el pago al deudor dentro del mes siguiente a que se haya hecho exigible la obligación principal o habiéndolo hecho deje de promover por más de 3 meses en forma injustificada, prescribiendo la obligación fiadora en un plazo máximo de 10 años, contados a partir de que la obligación principal fuese exigible.
- g) Existe una forma de extinción, privativa de la fianza de empresa, y que se contiene en el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas “La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, estable a su favor la presunción de que

su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario”.

- h) Las afianzadoras no poseen acción para exigir que el deudor o fiado las releve de la fianza, posibilidad que si contempla el Código Civil Federal en el artículo 2836 para el fiador.

En todo lo demás los efectos entre fiador - beneficiario - fiado se rigen por lo que ya hemos expresado en este capítulo y que está señalado en el Código Civil Federal.

C) LITERALIDAD DE LA FIANZA MERCANTIL

Al hablar de la literalidad de las fianzas mercantiles debemos considerar que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que las Instituciones Afianzadoras sólo se obligan en los términos y condiciones que establecen sus pólizas de fianzas, respetando con ello el requisito de consentimiento indispensable de toda obligación mercantil para darle nacimiento a este tipo de obligación, en relación directa al artículo 78 del Código de Comercio que establece que cada quien se obliga en los términos que aparezca que quiso hacerlo (aplicable de acuerdo al artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al disponer que es aplicable en forma supletoria a esta Ley la Legislación Mercantil y el Código Civil Federal).

A mayor abundamiento, existe jurisprudencia aplicable al presente tema, sustentada por la H. Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (anteriormente Tribunal Fiscal de la Federación), en la que se sustenta el criterio de que las Instituciones de Fianzas, **tan solo se obligan en los términos literales de las pólizas de fianza que expiden, debiendo de respetarse por las autoridades la literalidad de las pólizas de fianzas**, ya que cada uno se obliga en los términos que aparece que quisieron hacerlo, conforme a lo dispuesto por los artículos 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 78 del Código de Comercio.

"TESIS JURISPRUDENCIAL No. 42 APROBADA POR LA H. SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION CONDICIONES PACTADAS A LA POLIZA, DEBE ESTARSE A LO ESTIPULADO EN ELLAS.- tienen que respetarse por la autoridad las condiciones pactadas en la póliza de fianza para la exigencia del crédito garantizado con fundamento en lo establecido por el artículo 78 del Código de Comercio de aplicación supletoria, que señala que en las convenciones mercantiles cada quien se obliga en la manera y en los términos que aparezca, que quiso obligarse y en el artículo 117, inciso C) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que permite que las pólizas pueden contener las estipulaciones que convengan las partes. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de un requerimiento de pago si en el se desconoce lo pactado en la póliza de fianza que se pretende hacer efectiva".

REVISION 157/78/674/77. PONENTE.-MAG. Lic. Alfonso Cortina Gutiérrez. SECRETARIO.- Lic. Gregorio Acevedo Urdorica. Resuelta por unanimidad de 7 votos. Sesión del 21 de noviembre de 1978. REVISION 205/77/9302/76. PONENTE.- Mag. Lic. Edmundo Plascencia Gutiérrez.

SECRETARIO.- Lic. Ma. Antonieta Marquez Acevedo. Resuelta por unanimidad de 8 votos. Sesión del 16 de marzo de 1979. REVISION 1129/79/7462/77. PONENTE.- Mag. Lic. Alfonso Nava Negrete. SECRETARIO.- Lic. Arlette Martínez Portillo. Resuelta por 8 votos a favor y uno en contra."(el subrayado es del suscrito)

"FIANZAS OTORGADAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE PAGO EN PARCIALIDADES. ES ILEGAL EL REQUERIMIENTO DE PAGO QUE INCLUYE LA ACTUALIZACION DE LOS CREDITOS Y LOS GASTOS DE EJECUCION. Si la compañía afianzadora expide la póliza de fianza con la intención de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio de pago en parcialidades celebrado entre la autoridad fiscal y el sujeto fiado, el requerimiento de pago con cargo a la fianza debe hacerse exclusivamente por los conceptos y montos garantizados, de modo que es ilegal el exigir a la afianzadora el pago de la actualización de los créditos y los gastos de ejecución, cuyos conceptos no se comprenden expresamente en la póliza, ni deben considerarse como obligaciones derivadas del convenio, ya que con ello la autoridad realiza una nueva liquidación, así como una sustitución de deudor principal y confunde la naturaleza de éste con la de la afianzadora, quien responde únicamente por la póliza en los términos literales en que fue expedida y su derecho en el juicio se limita a combatir la ilegalidad del requerimiento por vicios propios, según lo establece el artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que no podría argüir en contra de esos conceptos, ya que son excepciones personales del fiado".

Juicio de nulidad No. 100(14)48/91/130/91. Resuelto en sesión de 1o. de abril de 1993, por 3 votos a favor 2 en

contra 1R. Magistrada Ponente: Ma. Guadalupe Aguirre Soria. Secretario: Lic. Avelino C. Toscano Toscano. Confirmado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el recurso de revisión fiscal 1232/93. (el subrayado es del suscrito)

Por tanto, la literalidad de la fianza mercantil reviste especial importancia, al momento en que se pretende hacer exigible la obligación fiadora, misma que está limitada a lo que expresamente se pactó en la póliza respectiva, resultando que las afianzadoras tan solo se obligan en los términos literales de las pólizas de fianza que expiden, debiendo de respetarse, no solo por los beneficiarios ya sean particulares o autoridades, sino que también por los órganos jurisdiccionales los términos literales pactados en las pólizas de fianzas. Asimismo, cuando lo señalado en las pólizas de fianzas es claro y preciso, el contenido de los conceptos afianzados por las mismas no está sujeta a interpretación, no pudiendo hacerse extensiva la obligación fiadora a otros conceptos que no estén, expresamente, garantizados, aún cuando éstos participen de la misma naturaleza jurídica que la obligación principal garantizada, lo manifestado se fortalece, con el criterio jurisprudencial sustentado por la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fecha 15 de agosto de 1968, por unanimidad de 4 votos, cuyo rubro y texto establecen lo siguiente:

FIANZA, REQUERIMIENTO DE PAGO, NO HA LUGAR A INTERPRETAR EL CONTRATO CUANDO LOS TERMINOS SON CLAROS.- No es de tomarse en consideración la exposición de la fiadora en los agravios, en torno de la doctrina de la interpretación de las pólizas y de los términos gramaticales, si no

ha lugar a interpretar lo que aparece en el texto claro y preciso, como lo es la forma, circunstancias y alcance en que se obliga en su fianza, de manera que resulta ociosa e innecesaria cualquier otra discusión o comentario sobre el tema.

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pág. 44, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tercera Parte, volumen CXXXIV. (el subrayado es del suscrito)

Del criterio jurisprudencial de la segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación transcrito, se desprende que se debe estar a la literalidad de las fianzas cuando lo señalado en ellas es claro y preciso, consecuentemente si la fianza garantiza únicamente la obligación principal, de conformidad a la literalidad de la fianza tan solo se le puede reclamar de pago de la misma, y no así los recargos, intereses o accesorios que se deriven del incumplimiento del fiado, si dichos conceptos no aparecen garantizados expresamente en la póliza de fianza; existiendo criterios que confirman y fortalecen los alcances y límites de una póliza, como lo sostenido por la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia anteriormente transcrita, referente a que debe estarse expresamente a lo pactado en la póliza de fianza, mismos que continuación se transcriben:

FIANZA OTORGADA PARA GARANTIZAR EL INTERES FISCAL. NO DEBE HACERSE EXTENSIVA HACIA CONCEPTOS QUE EN LA RESPECTIVA POLIZA NO ESTEN EXPRESAMENTE MENCIONADOS COMO OBJETO DE GARANTIA, AUNQUE PARTICIPEN DE LA MISMA NATURALEZA JURIDICA QUE LA PRINCIPAL OBLIGACION GARANTIZADA.- *Las fianzas otorgadas por compañías legalmente autorizadas para ello son actos jurídicos de naturaleza mercantil en los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Comercio, predomina la voluntad de las partes contratantes respecto de las contraprestaciones a que se obligan aquellas. Por tanto, para hacer efectiva la fianza otorgada por alguna*

de las aludidas compañías debe atenderse únicamente a los términos literales de las respectivas pólizas, sin que sea válido exigir el pago de conceptos que no hubiesen sido expresamente garantizados, aunque éstos pudieran tener la misma naturaleza que la principal obligación objeto de garantía, pues ello equivaldría a suponer incorrectamente que la ley tiene invariable e implícitamente el alcance de modificar las contraprestaciones y obligaciones pactadas con libertad por los contratantes, conclusión que carece de base jurídica, pues para que esa modificación opere por virtud de la ley es menester que ésta así lo disponga en forma expresa e indubitable, constituyéndose así una o más excepciones a la regla de libertad de las partes en materia de contratos.

Consecuentemente, si en una póliza de fianza otorgada para garantizar determinado interés fiscal no consta que aquella comprenda a la actualización de las respectivas contribuciones como otro concepto a garantizar, entonces al hacerse efectiva tal fianza no deberá exigirse a la afianzadora que cubra las cantidades correspondientes a dicha actualización, por no constar que aquella se haya obligado a responder por ésta, que para efectos de la fianza constituye otra obligación contractual, aunque legalmente tenga atribuida la misma naturaleza que la obligación fiscal original (artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación). Sobre el particular debe tenerse presente, por una parte, que la autoridad fiscal ante quien se constituya una fianza está facultada para no aceptarla, previo requerimiento al interesado, si no reúne las características que deba satisfacer según está dispuesto en el artículo 68 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación y, por otro lado, que las afianzadoras carecen de atribuciones para obligar a quien pretende obtener determinada fianza, a afecto de que en ésta incluya forzosamente conceptos adicionales, distintos de los que aquél desee garantizar, en tanto que nada impide que el

solicitante acuda a otras instituciones e incluso a otros medios, para garantizar los restantes conceptos que formen parte del interés fiscal correspondiente. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 1693/94, Afianzadora Insurgentes, S.A. (Recurrente: Secretario de Hacienda y Crédito Público y otra autoridad). 24 de noviembre de 1994. Unanimidad de Votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jesús García Vilchis. Pag. 168, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Parte XV-Febrero. (el subrayado es del suscrito)

El problema, por lo general, surge tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros; siendo importante aclarar que la actualización y recargos, aún cuando sean accesorios derivados de las obligaciones fiscales afianzadas, no pueden ser cobradas con cargo a la fianza si no fueron, previamente, incluidos en los conceptos afianzados. Esto significa que tratándose de fianzas no se habla de ninguna carta de crédito abierto o revolvente que ampare por siempre cualquier obligación derivada de las obligaciones garantizadas, ya que las afianzadoras tan solo se obligan en los **términos y condiciones** señalados en sus pólizas de fianza, conforme a lo dispuesto en los artículos 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en relación directa con el artículo 78 del Código de Comercio.

CONDICIONES PACTADAS EN LA POLIZA DE FIANZA, DEBE ESTARSE A LO DISPUESTO EN ELLAS, INTERPRETACION DEL ARTICULO 1851 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- *El artículo 1851 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Una correcta interpretación del artículo*

transcrito, permite establecer que, en tratándose de pólizas de fianzas debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin que pueda dársele otra interpretación que cause perjuicio a los asegurados; al no haberlo considerado así la Sala responsable, ya que no se ajustó al sentido literal de la póliza de fianza, vulneró en perjuicio de la quejosa, la garantía de legalidad que prescribe el artículo 16 constitucional. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Pag. 241, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Parte XI-Marzo. (el subrayado es del suscrito)

D) RAMOS DE FIANZAS MERCANTILES

En el capítulo primero señalamos que, la fianza de empresa o mercantil, tuvo su origen o fue concebida para garantizar la protección de los intereses del gobierno respecto de los servidores públicos que, por disposición de la ley, tenían que otorgar caución para el buen ejercicio de sus funciones, surgiendo así lo que en la actualidad se conoce como fianza de fidelidad; la evolución que se dio en los ordenamientos legales que regularon esta figura, dio paso para que las afianzadoras pudieran garantizar, no solo las obligaciones de servidores públicos frente a la administración pública federal, haciéndose accesible a los particulares por necesidades del desarrollo de la actividad económica y social y, como consecuencia de ello, surgen otras modalidades de fianza, mismas que se han clasificado en cuatro ramos:

I. FIANZAS DE FIDELIDAD

II. FIANZAS JUDICIALES

III. FIANZAS DIVERSAS Y ADMINISTRATIVAS

IV. FIANZAS DE CRÉDITO

I. Fianzas de Fidelidad (ramo I). Es un instrumento de protección patrimonial mediante el cual la afianzadora garantiza, ante un patrón, la reparación o el pago de los daños sufridos en cualesquiera de sus bienes o aquellos de los cuales sea jurídicamente responsable, por hechos que provengan de conductas delictuosas de uno o de varios de sus empleados.

Por patrón nos referimos a la persona física o moral del sector privado o público que solicita la póliza, es decir se otorga ante particulares y autoridades, para protegerse de daños patrimoniales ocasionados por responsabilidades de uno o varios empleados en su contra. Los empleados son los fiados amparados en la cobertura de la fianza de fidelidad, pudiendo ser personal administrativo, obreros, vendedores, etc.

Los hechos o delitos que ampara la fianza de fidelidad son: Robo, Fraude, Abuso de Confianza y Peculado. Dentro de este ramo de fianza no se amparan las responsabilidades derivadas de: a) Hechos delictuosos de empleados ocurridos antes o después de la vigencia del afianzamiento. b) Aplicaciones hechas por el beneficiario o por el fiado para cubrir adeudos o desfalcos preexistentes al inicio del afianzamiento. c) Créditos de cualquier naturaleza que conceda el beneficiario al fiado. d) Uso de tarjetas de crédito. e) Pérdidas ocasionadas por el fiado, por desempeñar labores no compatibles entre

sí, o bien cuando exista duplicidad de funciones. f) Pérdidas o hechos delictuosos que no puedan atribuirse ni probarse a cargo del fiado. g) Los manejos al personal que preste sus servicios al beneficiario en sucursales, agencias y similares, si a la contratación de esta fianza no se manifestó a la afianzadora la existencia de tales sucursales.

Este tipo de fianza es la única que, en términos generales, se contrata directamente con el beneficiario sin solicitud previa del fiado, pagando la prima el beneficiario de la fianza; para otorgar este tipo de fianzas "...la fiadora necesita conocer como se controlan los manejos de determinados empleados y cuál es el funcionamiento de los diversos controles que toda empresa debe tener para evitar, en lo posible, la comisión de los delitos a que se ha hecho referencia, así como para determinar en un momento dado, quien es el responsable de los mismos... En caso de que la compañía afianzadora encuentre que existen algunos sistemas que pueden propiciar las pérdidas, se pide al beneficiario que las corrija para evitar problemas futuros" 41.

Modalidades: La fianza de fidelidad se puede otorgar en forma: a) individual, se expide una para cada empleado con monto y vigencia únicos, y se puede afianzar al personal administrativo y de ventas. b) cédula, cubre a dos o más empleados en sus puestos específicos y hasta por una cantidad predeterminada para cada uno de ellos, es un conjunto de fianzas individuales comprendidas en un solo documento y con vencimiento común. c) global, que incluye a todo el personal administrativo, con un monto único, no acumulativo para todos y cada

41 SIERRA MACEDO MANUEL, La Fianza de Fidelidad, publicado en la 8ª Revista Mexicana de Fianzas, Editor Fernando Castañeda Alatorre, México, D.F. 8 de septiembre de 1972. Pág. 315.

uno de los empleados incluidos, excluye a los agentes de ventas, pero puede incluir a obreros. d) de exceso o complementaria a la fianza global, se expide como complemento para una o varias personas incluidas en la fianza global y que, por sus responsabilidades requieren de una garantía mayor. e) cobertura combinada, debe incluir por lo menos a 11 personas con montos individuales para cada una de ellas y puede afianzar al personal administrativo y de ventas. f) monto único para vendedores, exclusiva para personal de ventas o funciones similares ⁴².

Dado el riesgo, el alto costo administrativo y la baja rentabilidad de las fianzas individuales, las afianzadoras prefieren ofrecer el servicio en fianza cédula, que a fin de cuentas es prácticamente un conjunto de individuales, con la ventaja de que se abaten costos de expedición de pólizas y se facilita su manejo administrativo.

En este tipo de fianzas, por tener la característica especial de que es el beneficiario quien paga la prima, además de las formas de extinción generales de cualquier tipo de fianza, las obligaciones de la afianzadora respecto de las fianzas de fidelidad se puede extinguir por falta de pago de la prima, accesorios legales o gastos; si el patrón no lleva a cabo los controles internos indicados por la afianzadora; si el beneficiario no da aviso a la afianzadora, al momento de la contratación, sobre la existencia de otra u otras pólizas de fidelidad respecto del mismo fiado; si el beneficiario no proporciona a la afianzadora la información correspondiente a la identificación y

⁴² CRÉDITO AFIANZADOR, S.A. COMPAÑÍA MEXICANA DE GARANTÍAS, Curso Básico de Fianzas, México, D.F. julio de 1991.

localización de todas y cada una de las personas que estén o deban estar incluidas en la póliza de fianza global de fidelidad.

Para que la afianzadora pague al beneficiario las responsabilidades, que se le atribuyan al fiado, se requiere ⁴³:

- a) Que la pérdida de que sea responsable cualquier fiado, según dicha póliza, ocurra durante la vigencia de esta última y que se descubra a más tardar dentro de los 60 a 100 días naturales a su terminación total o individual y que el beneficiario dé aviso por escrito de dicha pérdida a la afianzadora.
- b) Que el beneficiario presente reclamación por escrito a la afianzadora, dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha en que se presente el aviso mencionado, especificando las pérdidas, fechas y proporcionando lo elementos comprobatorios de aquellas.
- c) Que el beneficiario compruebe a la afianzadora la relación laboral con el responsable o los responsables de la pérdida.
- d) Que el beneficiario presente, a la brevedad posible la denuncia o querrela, según el caso, contra los fiados, interviniendo en toda diligencia en la averiguación respectiva a solicitud de la afianzadora.
- e) Que el beneficiario entregue a la afianzadora copia certificada de la denuncia o querrela con su correspondiente ratificación.
- f) Que el beneficiario haya pagado a la afianzadora la prima correspondiente.

⁴³ MOLINA BELLO MANUEL, La Fianza, Como Garantizar sus Operaciones con Terceros, Edit. McGraw Hill, México 1994. Pág. 43

- g) Que el beneficiario presente a la afianzadora los datos mínimos generales para que ésta pueda localizar al fiado y, en su caso, proceda a la recuperación extrajudicial o judicial de que se trate.

II. Fianzas Judiciales (ramo II). Garantizan el cumplimiento de una obligación derivada de un procedimiento judicial y que se exhibirá ante una autoridad judicial competente, ya sea en materia civil, mercantil, familiar, penal, de arrendamiento inmobiliario, de lo concursal y amparo. El monto de la fianza es determinado por el Juez que conozca del asunto; las garantías de recuperación serán al 2x1, es decir, el doble de lo que generalmente se solicita para la expedición de cualquier otro tipo de garantías; se cancela por autorización de la autoridad judicial y por cancelación automática para el caso de fianzas de pensión alimenticia.

La fianza de empresa del ramo II judicial, se diferencia de las fianzas judiciales civiles, fundamentalmente, porque la institución fiadora no debe acreditar su solvencia o demostrar que cuenta con bienes raíces ante la autoridad beneficiaria, ya que respecto de las fianzas que éstas otorguen se consideran de acreditada solvencia, según el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Asimismo, en este ordenamiento se exime a las instituciones de fianzas de la obligación que tienen para obtener garantías de recuperación si la obligación fiadora se hace exigible y se pague; excepción aplicable a las fianzas que se otorguen ante las autoridades judiciales del orden penal, sin incluir a aquéllas que garanticen la libertad provisional de los acusados o procesados por delitos en contra de las personas en su

patrimonio y aquéllas que garanticen la reparación del daño.

La fianza de empresa en materia civil sirve para garantizar los posibles daños y perjuicios, que se puedan ocasionar a alguna de las partes en el procedimiento; en los casos en que existe una petición de arraigo antes del juicio; en los casos de embargo precautorio; cuando se promueve un interdicto de posesión o para el gestor judicial del ausente, entre otros. En materia mercantil es aplicable a las providencias precautorias (arraigo y embargo), en los incidentes de sustitución de garantía para obtener el levantamiento del embargo, en los casos de apelación en efecto devolutivo para suspender la ejecución de una sentencia. La fianza judicial en materia familiar se emplea en los casos de tutela, en los juicios sucesorios para el albacea y el interventor, y la más conocida para garantizar el pago de los alimentos. Tratándose de la fianza judicial en materia de lo concursal, sirve para garantizar los manejos de un síndico en el procedimiento de quiebras y suspensión de pagos. Por su parte en materia de arrendamiento garantiza el pago de los posibles daños y perjuicios que se puedan ocasionar cuando se presentó recurso de apelación. La fianza judicial en materia penal sirve para garantizar la libertad bajo fianza, condena condicional, libertad preparatoria y la reparación del daño en parcialidades. En materia de amparo garantiza los daños y perjuicios con motivo de la interposición del recurso ya sea directo o indirecto, que deriven en la suspensión de un acto reclamado.

III. Fianzas diversas y administrativas. Comprenden el Ramo III (clasificación), La fianza diversa es aquella que garantiza cualquier

obligación válida, legal y de contenido económico, la cual se celebra entre particulares (personas físicas y morales). La fianza administrativa, por su parte, garantiza los mismos conceptos pero se celebra entre un particular (fiado), persona física o moral, y una entidad de la Administración Pública Federal o autoridades de cualquier otro índole (beneficiario).

Son aquellas que, por sus características, no se pueden incluir en los otros ramos, pueden garantizar cuanta obligación exista, derivada de cualesquiera de los contratos existentes en nuestro sistema jurídico, con excepción de aquellos que comprenden operaciones de crédito, así como aquellas fianzas legales que no se otorgan ante autoridad judicial, como la que garantiza el pago de un crédito fiscal, o las otorgadas ante autoridades laborales.

Los conceptos afianzables más comunes en el Ramo III, son:

Contratos de obra pública o privada: en todos los casos cuando se participa en una construcción se exige al constructor, otorgue fianzas que garanticen la seriedad de las propuestas o cotizaciones en los concursos o licitaciones que celebren las dependencias de gobierno, el monto de la fianza equivale al 5% del importe de la cotización. Anticipo, la fianza garantiza que la suma entregada con el carácter de anticipo, se devolverá total o parcialmente si no se aplicó o invirtió de forma específica y exclusiva en el objeto materia del contrato. Cumplimiento, este tipo de fianza garantiza el debido cumplimiento del contrato de obra, tanto en la correcta ejecución, como en la oportuna entrega del trabajo encomendado. Buena Calidad, garantiza

que la obra se realice conforme a las especificaciones estipuladas en el contrato de obra, así como la corrección de los defectos que pudieran aparecer durante el periodo de garantía.

Fianzas entre aerolíneas, las agencias de viajes que manejen boletaje de las aerolíneas deben garantizar con fianza el buen manejo del boletaje, el monto o suma afianzada será determinado por la aerolínea, según la importancia de cada agencia y la cantidad de boletaje entregado.

Fianzas de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, garantiza el pago de las rentas derivadas del contrato de arrendamiento, así como la devolución del bien al terminar el contrato; el monto de la fianza se determina por la suma de las mensualidades de renta por cobrar durante el periodo afianzado.

Fianzas que garantizan un interés fiscal, se conocen como administrativas, por las autoridades federales, estatales o municipales, organismos descentralizados como el IMSS y el INFONAVIT ante quienes se otorgan; sirven para garantizar el pago de cualquier contribución o aportación que tenga el carácter de crédito fiscal ya sea por disposición de la Ley, ya sea porque el contribuyente se inconforme ante el pago o convenga con dichas autoridades el pago del adeudo en parcialidades, o bien en los casos de clausura o baja de actividades para garantizar que el contribuyente estuvo al corriente en el pago de sus impuestos. La fianza comprende la suerte principal y los accesorios legales que puedan ocasionar las contribuciones o aportaciones en un período de 12 meses siguientes a su otorgamiento;

aclarando que en los casos en que los procedimientos administrativos en que se controvierta la existencia de los créditos fiscales no se concluyan en dicho periodo, el monto de la fianza deberá ampliarse para cubrir los posibles recargos que se pudieran general, en la inteligencia de que este aumento del importe de la fianza no es automático, es a petición del fiado o del beneficiario mediante la solicitud de un endoso.

Fianzas que garantizan las obligaciones derivadas de permisos y autorizaciones, comprenden el pago de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el fiado para el buen uso de los permisos y autorizaciones concedidas, como son los casos de rifas, sorteos, promociones, urbanización y fraccionamientos.

IV. Fianzas de crédito (ramo IV). Es un instrumento que garantiza el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de determinada suma de dinero, es un ramo relativamente nuevo, las Reglas de Carácter General para el otorgamiento de Fianzas que garanticen Operaciones de Crédito, emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el 22 de agosto de 1990 autorizaron a las instituciones de fianzas a otorgar fianzas que garanticen operaciones de carácter crediticio, derivadas según la Regla Primera del:

- Pago de operaciones de compraventa de bienes y servicios o de distribución mercantil.
- Pago total o parcial de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (incluyendo el

adeudo principal y accesorios financieros).

- Pago de contratos de arrendamiento financiero.
- Pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de crédito garantizados con certificados de depósitos y bonos de prenda expedidos por Almacenes Centrales de Depósito.
- Pago de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero.
- Pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios.

De acuerdo a la circular No. 305-III-19307 del 17 de diciembre de 1991, emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fianzas de crédito son las que garantizan cualquier obligación derivada de:

- El pago de facturas comerciales y demás documentos que acrediten la traslación de dominio de bienes muebles.
- El pago de títulos de crédito singulares como el pagaré, cheque o letra de cambio.
- El pago de dividendos, así como de amortización e intereses, por la emisión de valores o títulos de crédito genéricos susceptibles de cotización en el mercado, como son las acciones, los bonos y

obligaciones.

- El cumplimiento de obligaciones derivadas del mutuo (en cualquiera de sus formas), del contrato de reporto, del contrato de cuenta corriente, del contrato de depósito irregular (de dinero o títulos).
- El cumplimiento de obligaciones asumidas por empresas vendedoras, en virtud de las suscripción que sus clientes hagan de documentos, usualmente denominadas acciones, de manera que el vendedor obtenga anticipadamente el precio de la mercancía mediante la exhibición de cantidades periódicas por parte del comprador, obligándose la empresa vendedora a entregarle a éste la mercancía hasta después de integrado el valor de los mencionados documentos, o antes, si éstos resultaran sorteados.
- El cumplimiento de obligaciones derivadas de operaciones que impliquen riesgos similares a las anteriores.

Mediante acuerdo del 14 de marzo de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público adicionó a la primera de las Reglas de Carácter General para el otorgamiento de Fianzas que garanticen Operaciones de Crédito del 22 de agosto de 1990, para posibilitar la expedición de fianzas que:

- Garanticen el pago de créditos obtenidos para la adquisición de inmuebles, financiados por entidades del grupo financiera al que pertenezca la afianzadora de que se trate.

- Fianzas que garanticen el pago derivado de créditos para la adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero.
- Fianzas que garanticen el pago de créditos derivados de programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa que ejecuten Instituciones Nacionales de Crédito.

Este tipo de fianza se otorga solamente en la Oficina Matriz, previo análisis y autorización de área de crédito; el beneficiario deberá ser, invariablemente, una persona moral; las garantías de respaldo deben ser al orden del 2x1; cuando el fiado es persona física, se requerirá de un seguro de vida que cubra por lo menos el saldo insoluto del crédito; las primas deberán cubrirse íntegramente a la afianzadora al momento de la expedición, ampliación, prórroga o renovación de la fianza; la expedición de estas fianzas deberá ser, preferentemente, masiva, de modo que se contrate con los beneficiarios el afianzamiento de la totalidad de sus operaciones, a fin de evitar prácticas selectivas.

CAPÍTULO TERCERO:

PROCEDIMIENTOS GENERALES DE EXIGIBILIDAD.

A) ARTÍCULO 93 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Superada la dificultad en torno a la diferenciación de la fianza civil de la mercantil (por ausencia de una definición legal de la segunda), y aceptando que la fianza de empresa representa, por excelencia, la versión mercantil de esta forma de garantía, así como analizados los ramos en que se subdivide la fianza de empresa y las obligaciones que garantiza, corresponde, entonces, adentrarnos a las formas que la ley contempla para hacer exigibles las fianzas que otorgan las Instituciones de Fianzas, tanto las contempladas por la ley sustantiva que las regula, como las establecidas en otros ordenamientos.

Respecto de los procedimientos para hacer exigible la obligación de pago de las instituciones de fianzas, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas contempla dos procedimientos especiales, que atienden a la persona ante quien se otorgó la garantía, si se trata de particulares o de autoridades; aclarando que éstas últimas, a su vez, cuentan con dos procedimientos que dependen del tipo de obligación garantizada, uno de ellos establecido en dicho ordenamiento y el otro en el Código

Fiscal de la Federación. Por su parte la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, de reciente creación, establece una etapa conciliatoria, así como un procedimiento arbitral en amigable composición o de estricto derecho para obtener el pago por parte de las afianzadoras.

Iniciaremos este capítulo con el procedimiento de reclamación establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el párrafo primero de dicho artículo establece que:

Artículo 93. Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución de fianzas. En caso que ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de esta ley. En el primer caso, las instituciones afianzadoras estarán obligadas a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo 93 Bis de la misma.

¿Ante quien se presenta la reclamación? De la transcripción de este párrafo se desprende que, la reclamación se presenta directamente ante la institución de fianzas con la que se contrató y otorgó la póliza. Al respecto, debemos recordar que, en principio, de acuerdo al artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, éstas solamente

pueden obligarse como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas, de modo tal que, los únicos derechos con que cuentan los beneficiarios, y las únicas obligaciones que la institución afianzadora asume frente a éstos, son las que expresamente se establecieron en la póliza respectiva, en ambos casos, los alcances tanto de los derechos como de las obligaciones, son ciertos y conocidos desde el momento en que fue celebrado el contrato de fianza, y así se hace constar en la póliza respectiva. Por tanto, cuando se cumple la condición negativa a que se sujetó la fianza, esto es, que el deudor no cumpla con la obligación principal, el beneficiario de la misma, acudirá, en principio, ante la institución de fianzas que otorgó la póliza para hacerla efectiva. Así, la afianzadora no puede ser requerida de pago judicialmente, si antes no fue enterada del incumplimiento del fiado y sólo en caso de que ésta se niegue al mismo, podrá el beneficiario, a su elección, iniciar cualquiera de las acciones que consigna el mismo ordenamiento.

Toda vez que con la creación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la redacción de este primer párrafo del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no resulta muy afortunada, es menester realizar algunas aclaraciones: El 18 de enero de 1999, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que contiene la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, dicho decreto en su artículo tercero transitorio estableció que para efectos de los artículos 72 y 83 de esta Ley, **las menciones a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los artículos ... 93 y 94 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, se deberán entender referidas a la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios**

Financieros.

Consecuentemente, si presentada la reclamación ante la institución de fianzas, ésta no le da contestación dentro del término legal, que como veremos más adelante es de 30 días, o bien si emitida la resolución de la afianzadora, existe inconformidad con la misma, el reclamante podrá elegir hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la afianzadora estará obligada a someterse, en un primer momento, al procedimiento de conciliación que, hasta antes de las reformas de 1999 contenía el artículo 93 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y que, al ser derogado, actualmente se consigna en el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; o bien, ante los tribunales competentes mediante la substanciación del procedimiento especial de fianzas previsto en el artículo 94 de la ley sustantiva.

¿Cómo debe presentarse la reclamación? Continuando con el procedimiento del artículo 93, la reclamación a la institución de fianzas no puede hacerse de manera verbal, sino que el requerimiento de pago debe formularse por escrito; este requisito no reviste ninguna dificultad para los beneficiarios, ya que basta con una simple carta en la que se indique el monto de la obligación que se reclama, el número de la póliza en que se hizo constar la obligación fiadora, el nombre del deudor principal, así como los hechos en que consistió el incumplimiento o falta de pago. El escrito que contenga la reclamación, debe ir acompañado de la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la

obligación garantizada por la fianza (art. 93, fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La documentación que se acompañe a la reclamación se divide en dos tipos: En primer lugar los que acreditan la existencia de la obligación fiadora. Al respecto, el artículo 117 de la misma Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dispone que “el beneficiario al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada”; por tanto bastará con que el beneficiario anexe una copia simple de la póliza de fianza, para acreditar la obligación que la afianzadora asumió frente a éste. En segundo lugar tenemos los documentos y elementos que acrediten la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada, que pueden ser muchos y de muy variada naturaleza, éstos se refieren a aquellos documentos que hagan constar el contrato o convenio que dieron origen a la obligación principal, acreditando la existencia y validez de tal obligación, así como de sus modalidades; también deberá agregar aquellos que acreditan que la obligación fiadora es exigible porque el beneficiario o acreedor cumplió con las obligaciones que asumió frente al deudor (recibos de pago de la compra venta, de la entrega del anticipo, en los que conste que entregó y permitió el uso del bien dado en arrendamiento, etc.), e igualmente aquellos elementos que hagan constar que requirió al fiado o deudor el cumplimiento de sus obligaciones y que vencido el plazo pactado no se llevaron a cabo en la forma establecida (recibos de devolución de la cosa por defectos o vicios ocultos, etc.). En resumen, todos los elementos con los cuales el beneficiario acreditaría su derecho en un juicio ante la autoridad competente.

Estos documentos son de tal importancia que, la institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contados a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. Cuando al beneficiario, dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la reclamación, se le requiera documentación o información adicional, contará con un término de 15 días naturales para proporcionarla y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación. Igualmente, si la institución no hace uso de este derecho se tendrá por integrada la reclamación (párrafos 2 y 3 de la fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Termino para el pago o rechazo de la reclamación. El párrafo final de la fracción I, del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que integrada la reclamación, esto es que se haya presentado por escrito, se haya demostrado de la misma forma que la póliza fue otorgada, anexada la documentación que demuestre que la obligación principal existe y que es exigible, y, en su caso, solicitada y entregada la información adicional necesaria en los plazos antes señalados (15 días para que la afianzadora la requiera y 15 días para que el beneficiario la entregue); la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia.

La respuesta que la institución fiadora emita puede consistir en un

pago parcial, si es que ésta considera que no es procedente en su totalidad, y el beneficiario estará obligado a recibir el pago de lo que la afianzadora reconozca, quedando a salvo sus derechos para hacer valer la diferencia. Si el pago se hace después del plazo de treinta días, la institución deberá cubrir al beneficiario los intereses moratorios en los términos y condiciones que establece el artículo 95 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De conformidad a la fracción III, del artículo 93 en comento de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución podrá, a su elección, acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, a efecto de que su reclamación se resuelva en la etapa conciliatoria, en un arbitraje de amigable composición o de estricto derecho, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes, a través de un juicio especial de fianzas.

Plazo para presentar la reclamación. El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que la fianza se extingue por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, y por prescripción a los tres años. Por su parte, la fracción IV del artículo 93 señala que “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. Consecuentemente, el beneficiario cuenta con un plazo de 180 días naturales para presentar

su reclamación de pago ante la afianzadora.

Ahora bien, este procedimiento puede ser criticado, en principio, porque no hace exclusión alguna respecto de cuáles son los beneficiarios que deben seguirlo, aún cuando el artículo 94 Bis y el 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establezcan que las fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales, siempre que no sean del orden penal y las otorgadas a favor de la federación, siempre que no garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros, podrán hacerse efectivas, **a elección del beneficiario**, siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 93... Por tanto, el procedimiento de reclamación analizado, es de observancia obligatoria, única y exclusivamente para los particulares, toda vez que las autoridades pueden elegir entre agotar el procedimiento de reclamación y el de conciliación respectivo, o acudir directamente ante los tribunales competentes para hacer efectiva la fianza, y a pesar de ello el primer párrafo del artículo en comento de manera impositiva establece que “Los beneficiarios de fianzas **deberán** presentar sus reclamaciones ...”, sin que medie distinción alguna en aquellos casos en que, dicho beneficiario, sea particular o autoridad.

Por lo que toca a los intereses moratorios a que se refiere la fracción II del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas “Si el pago se hace después del plazo referido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis de esta ley...”, cabe hacer mención que el artículo 95 Bis señala que en caso de que la institución de fianzas no cumpla con las obligaciones asumidas en las pólizas que expida en los plazos con los que cuenta para su

cumplimiento, deberá pagar al acreedor la indemnización por mora sobre la cantidad reclamada de pago que se establece en dicho precepto en los términos y condiciones que se indican dentro de los plazos o términos legales, y en caso de no hacerlo, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le impondrá una multa de 500 a 10,000 días de salario.

B) ARTÍCULO 94 Y 94 BIS DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

El procedimiento que contiene el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ha sido denominado como juicio especial de fianzas y puede ser ejercitado por el beneficiario particular que, una vez concluido el procedimiento de reclamación a que se refiere el artículo 93 de la misma ley, no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la afianzadora, ya sea porque rechazó la reclamación, ya porque determinó que la misma procedió parcialmente; o bien cuando el beneficiario de la póliza de fianza sea alguna autoridad judicial, siempre que no sea del orden penal, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 bis de la ley en comento. Para tales efectos el artículo 94 fija las reglas bajo las cuales se substanciarán los juicios contra las instituciones de fianzas, además de establecer la forma en que se podrán ejecutar las resoluciones en contra de las mismas:

Legislación aplicable al juicio especial de fianzas. Este juicio se rige por las reglas del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de

Fianzas, así como por el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles que, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en este artículo; siendo aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos (fracción VI del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

¿Ante quien se presenta la demanda? De acuerdo a la fracción VII del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, “Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación”. Como se puede ver, esta fracción resulta demasiado ambigua o benévola para determinar que autoridad será competente para conocer del juicio; sin embargo, resulta útil para la elección de la autoridad jurisdiccional ante quien se interpondrá la demanda en contra de la afianzadora, las disposiciones del Código de Comercio en materia de competencia, este Código establece en su artículo 1090 que toda demanda debe interponerse ante juez competente, y lo será aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente, según el artículo 1093 del mismo ordenamiento.

El sometimiento, por lo regular, es expreso; lo anterior, debido a que tratándose de la fianza mercantil, las pólizas que emiten las instituciones de fianzas constituyen un contrato de adhesión, y cuentan con una cláusula específica que denominan de jurisdicción o competencia, en la cual se establece que, para el caso de controversia, las partes convienen en someterse a la jurisdicción de las autoridades judiciales de la Ciudad de México, renunciando al fuero de su actual domicilio y de aquél que en lo futuro llegare a corresponderles. Este

sometimiento expreso, no es aplicado por las afianzadoras tratándose de las garantías que otorgan al interior de la República, ya que los procedimientos que inician los particulares en los Estados, se substancian, por lo regular, ante los juzgados de distrito del lugar, habiendo sumisión tácita de las fiadoras.

Por tanto podemos decir que, de acuerdo a la costumbre y en observancia del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, si la póliza se otorgó en el Distrito Federal, los juicios especiales de fianzas se substancian ante jueces del fuero común, y tratándose de aquellas otorgadas en los Estados la práctica común es recurrir a jueces federales.

Requisitos que debe reunir la demanda. Además de las formalidades propias que toda demanda debe contener; al momento de presentar la demanda, el beneficiario deberá presentar todos los documentos en que funde su acción y que le han de servir de prueba en el juicio o, en su defecto, señalará el archivo o lugar en donde se encuentren los originales de los mismos, si no se encuentran a su disposición, para el efecto de que a su costa se manden expedir copias certificadas antes de que sea admitida la demanda (art. 323 del Código Federal de Procedimientos Civiles); en la inteligencia de que no se le admitirá prueba documental alguna con posterioridad, excepción hecha de aquélla que sea superveniente o se ofrezca únicamente en contra de las excepciones opuestas por la afianzadora.

Substanciación del juicio. Admitida la demanda, se le correrá traslado de la misma a la afianzadora, emplazándola a juicio, para que

comparezca ante la autoridad judicial para que conteste la demanda y haga valer sus excepciones y defensas, dentro de un plazo de cinco días hábiles, que podrá ser aumentado con los que correspondan por razón de la distancia (art. 94 fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). 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 (art. 94 fracción VIII de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

El periodo probatorio ordinario es común para las partes, con un plazo de 10 días para su ofrecimiento, admisión y desahogo (art. 94 fracción II de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Para ofrecer alegatos por escrito, las partes contarán con un término de tres días, el cual será sucesivo primero el actor y posteriormente el demandado (art. 94 fracción II de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La autoridad judicial que conozca del juicio dictará sentencia en el plazo de cinco días hábiles (art. 94 fracción III de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Contra la sentencia dictada por el juez en los juicios especiales de fianzas, procederá el recurso de apelación en ambos efectos. Contra las demás resoluciones, procederán los recursos que establece el Código de Comercio. Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por

conducto de Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, conforme a las siguientes reglas (art. 94 fracciones IV y V de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas):

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

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

Cabe hacer mención que los términos establecidos en el artículo 94 son motivo de constantes controversias, ello en virtud de que los juzgados del orden común no aplican o aplican indebidamente los artículos 284 y 321 del Código Federal de Procedimientos Civiles, argumentando que el artículo 94 en comento le otorga el derecho de elección al beneficiario de promover su demanda ante los juzgados

federales o comunes. Así cuando el beneficiario comparece ante los juzgados del orden común se aplica supletoriamente el Código de Comercio y, en su defecto y de manera lamentable, el Código de Procedimientos Civiles Local, provocando con ello que las certificaciones de los términos judiciales se realicen indebidamente y, como consecuencia, se reduzcan los términos de las etapas procesales en perjuicio de las partes. Con lo que se da origen a que las partes promuevan constantemente recursos de revocación y apelación en contra de las resoluciones dictadas al amparo de los ordenamientos locales, con el obvio atraso procesal que deja sin efectos la finalidad de establecer un juicio sumario en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Asimismo, este tipo de juicios de acuerdo al artículo 94 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, también puede ser iniciado tratándose de fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales, que no sean del orden penal, mismas que se harán efectivas, a elección de los acreedores de la obligación principal, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93, 93 Bis y 94 de esta ley.

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

C) ARTÍCULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

“Artículo 95. Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 Bis de esta Ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el Reglamento de este artículo, excepto las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación”

De la transcripción del párrafo anterior se desprende que, las autoridades administrativas beneficiarias de una póliza de fianza, siempre que no se trate de fianzas que garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros, pueden elegir entre agotar los procedimientos establecidos en los artículos 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; sin embargo y a pesar de este derecho de elección, cuando el beneficiario es una autoridad de la administración pública federal, estatal o municipal, requiere de pago sus garantías conforme al procedimiento administrativo de ejecución establecido en el artículo 95 y su correspondiente Reglamento.

Este artículo otorga la presunción de legalidad a los requerimientos de pago de las fianzas otorgadas ante las autoridades administrativas, al establecerse que vencido el plazo de pago sin que éste se verifique, la autoridad tiene el derecho de hacer efectivo el requerimiento en forma coactiva a través de un remate en bolsa, de valores propiedad de la afianzadora; presunción de legalidad que perderá todo requerimiento de pago que efectúe cualquier autoridad administrativa, si elige reclamar la fianza de la cual es beneficiario, a través de los procedimientos de reclamación establecidos en los artículos 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, toda vez que el requerimiento que se efectúe en dichos términos no es susceptible de ejecutarse en forma coactiva mediante remate de valores, con lo que se pierde la finalidad perseguida al establecer un procedimiento de cobro más expedito en el artículo 95, y que es la de evitar las dificultades de orden procesal que se presentaron en el pasado, al hacerse efectivas las fianzas otorgadas a favor de entidades públicas.

Para hacer más expedita la reclamación de este tipo de fianzas, el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece en la fracción I que “Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del 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”.

¿Ante quién se presenta la reclamación? Al hacerse exigible una

fianza a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago deberá formularse, de manera directa, a la institución de fianzas que otorgó la póliza; para lo cual de conformidad a la fracción II del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la autoridad que la hubiera aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

El nombramiento de apoderados para recibir las notificaciones de los requerimientos de pago, es una disposición que se incorporó al artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, mediante el Decreto del 26 de diciembre de 1987, que entro en vigor en 30 de junio de 1988, por el cual se reformó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación, y al que se hizo referencia en el capítulo I de la presente tesis; el propósito de las reformas fue contar, en cada una de las zonas competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, con un apoderado de las afianzadoras facultado para recibir los requerimientos de pago de las autoridades administrativas, imponiendo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la obligación de hacer del conocimiento de las autoridades ejecutoras dichos nombramientos, por conducto del Diario

Oficial de la Federación.

Por autoridad ejecutora debemos entender a la Tesorería de la Federación, la Tesorería del Distrito Federal y las Tesorerías de las autoridades estatales o municipales correspondientes, como se demuestra con la siguiente tesis jurisprudencial sustentada por la Sala Regional del Centro del Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), al momento de resolver el juicio fiscal 1627/93, misma que representa un ejemplo claro de cuales son las únicas autoridades que pueden requerir de pago las fianzas otorgadas a favor de autoridades administrativas, ello en virtud de que no basta con ser autoridad administrativa, sino que es menester contar con facultades expresas para emitir actos de autoridad y ejercer el procedimiento administrativo de ejecución a que se refiere el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

“... La Sala se avoca al examen del agravio tercero en el que se aduce en forma substancial, que para hacer exigible una póliza de fianza, la autoridad que debe requerir de pago, lo es según el caso, la Tesorería de la Federación, la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, o bien las Tesorerías de las autoridades estatales o municipales correspondientes, lo que no se observa en el acto impugnado, pues se encuentra formulado directamente por el C. Secretario de Desarrollo Urbano, Obras Públicas y Ecología del Gobierno del Estado de Querétaro y no por la autoridad ejecutora correspondiente de manera fundada.- Esta juzgadora estima precisar, que dicho agravio no es controvertido por las demandadas, atento a lo reseñado en líneas anteriores, sin embargo, independientemente de ello, lo considera suficientemente

fundado, en cuanto a que efectivamente del texto integral del requerimiento de pago impugnado que en original es exhibido por la institución demandante, se advierte que al haber sido suscrito por el C. Secretario de Desarrollo Urbano, Obras Públicas y Ecología del Gobierno del Estado de Querétaro, debió necesariamente haber señalado los preceptos legales que le otorgan facultades para emitirlo, careciendo por ello por completo de la fundamentación necesaria que lo revista de legalidad, pues es requisito indispensable que en el cuerpo de todo acto o resolución de autoridad, se citen con toda precisión el o los fundamentos legales que otorguen plena competencia al funcionario que los emite, para sí salvaguardar la garantía de formalidad y legalidad que establece el artículo 16 constitucional... Por tanto, procede declarar la nulidad de la resolución impugnada, para el efecto de que se emita una nueva que cumpla con los requisitos de fundamentación..."(el subrayado es del suscrito)

Asimismo, tampoco basta con que el requerimiento sea formulado por una autoridad que cuente con facultades bastantes y suficientes para ello, además debe realizarse en los domicilios expresamente señalados para tales efectos por la institución; por tanto todo requerimiento de pago que se realice en contravención a lo señalado con anterioridad, no surtirá efectos y, consecuentemente, no obligará a la institución que otorgó la fianza; para mayor abundamiento el propio artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el último párrafo de la fracción II, establece que “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”.

Requisitos que debe reunir el requerimiento de pago. Hemos

mencionado ya que la reclamación debe hacerse ante la institución afianzadora en sus establecimientos o en el domicilio del apoderado para tales efectos, por la autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones que le resulten aplicables. El requerimiento de pago debe hacerse 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.

Esto significa que todo requerimiento de pago que la autoridad administrativa realice deberá reunir, en principio, los requisitos del artículo 16 Constitucional, debiendo ser emitido por autoridad competente, que funde y motive la causa legal del requerimiento; asimismo, al momento de notificarse deben observarse todos los requisitos de legalidad previstos en los artículos 309 y 310 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que se transcriben, en relación directa con los análogos establecidos en los artículos 134 al 137 del Código Fiscal de la Federación para que la notificación produzca efectos.

Código Federal de Procedimientos Civiles:

Art. 309 Las notificaciones serán personales

:

I.- Para emplazar a juicio al demandado, y en todo caso en que se trate de la primera notificación en el negocio;

II.- Cuando dejare de actuarse durante más de seis meses, por

cualquier motivo; en este caso, si se ignora el domicilio de una parte, se le hará la notificación por edictos;

III.- Cuando el tribunal estime que se trata de un caso urgente, o que, por alguna circunstancia, deban ser personales, y así lo ordene expresamente, y

IV.- En todo caso, al Procurador de la República y Agentes del Ministerio Público Federal, y cuando la ley expresamente lo disponga.

Art. 310 Las notificaciones personales se harán al interesado o a su representante o procurador, en la casa designada, dejándole copia íntegra, autorizada, de la resolución que se notifica.

Al Procurador de la República y a los agentes del Ministerio Público Federal, en sus respectivos casos, las notificaciones personales les serán hechas a ellos o a quienes los substituyan en el ejercicio de sus funciones, en los términos de la ley orgánica de la institución.

Si se tratare de la notificación de la demanda, y a la primera busca no se encontrare a quien deba ser notificado, se le dejará citatorio para que espere, en la casa designada, a hora fija del día siguiente, y, si no espera, se le notificará por instructivo, entregando las copias respectivas al hacer la notificación o dejar el mismo.

Adicionalmente a estas formalidades, deberá acompañar los

documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza. El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no es específico respecto a qué documentos son los que justifican la exigibilidad de la obligación principal; sin embargo, si establece que las fianzas que se hagan exigibles de acuerdo al mismo artículo, deberán observar las bases que fije su reglamento.

El artículo 1º del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros establece que la autoridad que acepte una fianza deberá integrar un expediente que contenga:

- a) Contrato o documento en que conste la obligación o crédito a cargo del fiado.

Este es el documento que sirve para acreditar la existencia de la obligación principal garantizada, al cual, también, hicimos referencia cuando analizamos los requisitos que debían reunir las reclamaciones conforme al artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; y en virtud de que la existencia de la obligación fiadora tiene como presupuesto básico la existencia de una obligación principal válida y líquida, son los documentos idóneos para demostrar la obligación garantizada.

- b) Póliza de la fianza que garantizó el crédito u obligación de que se trate y, en su caso, los documentos modificatorios de la misma.

De acuerdo al artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de

Fianzas, el beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada; por tanto a cualquier reclamación que se formule a la afianzadora deberá acompañarse la póliza de fianza respectiva.

- c) Acta levantada, con intervención de las autoridades competentes, donde consten los actos u omisiones del fiado que constituyan el incumplimiento de sus obligaciones o créditos garantizados.

Esta deberá ser un acta circunstanciada en la cual se indicarán, expresamente, los motivos por los cuales la obligación garantizada se hace exigible y en que consiste el incumplimiento, "haciendo mención detallada de cada uno de los acontecimientos observados por la autoridad en cuanto al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones; esto significa que deberán ser sumamente objetivos y extremadamente precisos en cuanto a la narración de los hechos, procurando que haya una secuencia lógica entre la narración de un hecho a otro" 44.

- d) Liquidación formulada, por el monto del crédito u obligaciones exigibles y sus accesorios legales si éstos estuvieran garantizados. Esta liquidación, forzosamente, deberá estar realizada conforme a derecho, debiendo incluir, únicamente, la cuantificación de las obligaciones garantizadas que se incumplieron por el fiado o no pagadas por éste. Ahora bien, en el caso de que, por disposiciones de las leyes que rijan el acto jurídico de donde deriven tales obligaciones, ha lugar a accesorios a cargo del fiado, los mismos

44 MARTINEZ VERA ROGELIO, citado por Hugo Carrasco Iriarte en su libro Derecho Fiscal Constitucional, Segunda Edición, Edit. Harla, México 1993. Pág. 29

deberán ser calculados con apego a las disposiciones legales aplicables y, en su caso, a lo expresamente convenido en el contrato que les dio origen.

- e) Si los hubiere, copia de la demanda, escrito de inconformidad o de cualquier otro recurso legal presentados por el fiado, así como copia de las sentencias o resoluciones firmes de las autoridades competentes y de las notificaciones que correspondan a estas últimas.

Un ejemplo de estos documentos puede darse en los casos de rescisión administrativa de un contrato de obra pública; si el contratista fiado impugna la resolución administrativa de la rescisión del contrato por considerar que no incurrió en responsabilidad que dé origen a la misma. Esto significa que si el fiado hace uso de sus medios de defensa y, como consecuencia, la exigibilidad de la obligación principal se encuentra en controversia, la exigibilidad de la fianza, por su accesoriadad, también lo estará; por ello se establece que se acompañarán copias de las resoluciones firmes.

- f) Los demás documentos que estimen convenientes, así como los que soliciten, en su caso, la Tesorería de la Federación, la Tesorería del Distrito Federal, las Tesorerías o Secretarías de Finanzas de los Estados o las Tesorerías Municipales, respectivamente.

Las autoridades que aceptaron las fianzas, comunicarán a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas de la institución fiadora (de acuerdo a lo ya mencionado para los domicilios en que pueden practicarse las

notificaciones), que procede hacer efectivo el cobro de esta, enviándole, mediante oficio-remisión, los documentos que integran el expediente a que nos hemos referido, para que la autoridad ejecutora, a su vez, proceda a formular el requerimiento de pago a la afianzadora. Dicho oficio-remisión deberá contener los siguientes datos (fracción II del art. 1º del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas):

- a) Nombre de la autoridad u oficina remitente,
- b) Lugar y fecha,
- c) Nombre del fiado,
- d) Importe de la obligación o crédito y, en su caso, con sus accesorios legales a cobrar,
- e) Concepto de la obligación o crédito,
- f) Fecha en que se hizo exigible la obligación o crédito a cargo del fiado,
- g) Institución Fiadora,
- h) Número, fecha e importe de la póliza de fianza y, en su caso, de los documentos modificatorios de la misma,
- i) Relación de los documentos que forman el expediente, con

respecto a la obligación o crédito de que se trate; y

- j) Nombre y firma del funcionario o jefe de la oficina, o de quien los sustituya.

Del oficio-remisión mencionado se enviará copia a la institución fiadora; por tanto los documentos que justifican la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, son los que integran el expediente abierto por la autoridad que aceptó la garantía, así como la copia del oficio-remisión que éstas envíen a la autoridad ejecutora, la cual, una vez que reciba el expediente y el oficio-remisión, procederá a requerir de pago a la institución fiadora. Al respecto, me permito transcribir dos jurisprudencias relativas a los requisitos que deben reunir los requerimientos de pago formulados conforme al artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), visibles a fojas 45 de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, número 23, 3^a Época, Años II, noviembre de 1989 y 133 de la misma Revista, número 14, misma época y año del mes de febrero, respectivamente:

“FIANZAS.- REQUERIMIENTO DE PAGO.- Para que sea legal el requerimiento hecho a las Afianzadoras por las Tesorerías de los Estados, del pago de las fianzas expedidas a su favor para garantizar el cumplimiento de contratos de obra pública, y atento a lo dispuesto por el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debe cumplirse cuando menos con acompañar la póliza respectiva, el documento en el que se consigna la obligación garantizada con ella y la constancia del

incumplimiento que justifique la exigibilidad del pago, ya que ello constituiría la motivación y fundamentación que preservan las garantías del gobernado consignados en los artículos 14 y 16 Constitucionales”.

De la simple lectura de esta jurisprudencia se desprende que, los documentos mínimos que debe acompañar la autoridad ejecutora para justificar la exigibilidad de la obligación garantizada son los que se encuentran marcados con los incisos a), b), c) y d) del artículo 1º del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

“REQUERIMIENTO DE PAGO.- SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.- *De conformidad con el numeral citado, para hacer efectiva una fianza es necesario que se anexe la documentación que acredite la exigibilidad de la misma. Así, en primer término, se deberá acreditar la exigibilidad de la fianza, la cual se da cuando se comprueba que existe una resolución que ha quedado firme y que ha sido emitida en forma desfavorable a los intereses del fiado. Por tanto, si la resolución que origina el requerimiento de pago de una fianza ha sido declarada nula por este Tribunal, resulta claro que dicho requerimiento es improcedente, debiéndose declarar la nulidad del mismo”.*

Esta transcripción es útil por lo que se refiere al inciso e) del artículo 1º del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que se refiere a anexar copia de la demanda, escrito de inconformidad o de cualquier otro recurso legal presentados

por el fiado, así como copia de las sentencias o resoluciones firmes de las autoridades competentes y de las notificaciones que correspondan a estas últimas.

Término para pagar o rechazar la reclamación. Una vez que la institución de fianzas es notificada del requerimiento de pago por parte de la autoridad ejecutora, cuenta con un plazo de 30 días naturales para realizarlo. Ha quedado claro que no necesariamente es la autoridad que acepta la fianza quien puede hacer exigible su pago, por tanto una vez que la autoridad ejecutora, que es la única facultada para ello, reciba el expediente y el oficio-remisión, estará en condiciones de requerir de pago a la institución fiadora, en dicho requerimiento percibirá a la afianzadora de que, si dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que sea notificada, no hace el pago de las cantidades reclamadas, se le rematarán en bolsa, valores de su propiedad suficientes para cubrir el importe de las obligaciones requeridas o, en su defecto, se dispondrá de las inversiones de la reserva de fianzas en vigor, y el producto del mismo se concentrará a la autoridad ejecutora que formuló el requerimiento de pago.

Dentro de este plazo de treinta días, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que demandó la improcedencia del cobro ante el Tribunal Fiscal de la Federación, acompañando copia sellada de la demanda respectiva; en ambos casos la autoridad ejecutora suspenderá el procedimiento de ejecución. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se

trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado (fracciones IV y V del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y II y III del artículo 3º de su Reglamento).

Suspensión y terminación del procedimiento de ejecución.

Como ya vimos en el punto anterior, el procedimiento administrativo de ejecución se suspenderá cuando la afianzadora realice el pago o acredite haber demandado la improcedencia del cobro ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Sin embargo, puede darse el caso de que se acredite ante la autoridad ejecutora el cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada por la fianza, supuesto en el cual dicha autoridad podrá desistirse del cobro mediante oficio que dirigirá a la institución fiadora, del cual marcará copia a la autoridad que aceptó la fianza, así como, en su caso, a la beneficiaria de la misma, dejando a salvo el derecho de proceder a formular nuevo requerimiento de pago, cuando ello sea procedente (artículo 5 del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Ahora bien, de acuerdo a la fracción VI del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el procedimiento de ejecución solamente terminará por una de las siguientes causas:

- a) Por pago voluntario;
- b) Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;

- c) Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación, que declare la improcedencia del cobro;
- d) Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro. Los oficios de desistimiento de cobro, necesariamente deberán suscribirlos los funcionarios facultados o autorizados para ello.

Cuando se presenten cualquiera de estas causas, la autoridad ejecutora, mediante oficio dirigido a la institución fiadora con copia para la autoridad que aceptó la fianza y, en su caso, a la beneficiaria, dará por terminado el procedimiento de ejecución correspondiente (art. 6 del Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

D) ARTÍCULO 68 DE LA LEY DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS.

En el desarrollo del presente capítulo hemos hecho mención del artículo 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, mismo que fue derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, mediante el cual se publicó la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, y que entró en vigor 90 días después de su publicación. Así con la publicación de dicho ordenamiento y la derogación del artículo 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el procedimiento conciliatorio que éste contenía, fue reemplazado por los artículos 60 al

72 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, mismo que, actualmente, se substancia ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en substitución del que se desahogaba ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El procedimiento conciliatorio procede en los casos en que el beneficiario-reclamante esté inconforme con la respuesta que la afianzadora dio a la reclamación que haya formulado en términos del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ya sea porque determinó que la reclamación es improcedente, ya porque la calificó como parcialmente procedente o, en su caso, si transcurridos treinta días naturales contados a partir de que se tuvo por integrada la reclamación, no reciba respuesta a la misma; el beneficiario tiene la opción de demandar ante los tribunales competentes mediante un juicio especial de fianzas, o agotar el procedimiento conciliatorio, al respecto se transcribe la parte conducente de la fracción III del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas: “Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio.... conforme a lo establecido en los términos de los artículo 93 bis...”. Hemos dicho ya que el artículo 93 bis fue derogado mediante decreto publicado el 18 de enero de 1999, dicho decreto en el Tercero de sus artículos transitorios estableció que “Para los efectos de los artículos ... las menciones a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en los artículos ... 93 y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas”, se deberán entender

referidas a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Por tanto, a efecto de que el beneficiario, cuando éste sea un particular, acceda al procedimiento conciliatorio que consagra en los artículos 60 al 72 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, deberá previamente agotar el procedimiento de reclamación a que se refiere el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

¿Ante quien se presenta la reclamación? El beneficiario deberá presentar su reclamación de manera directa, ya sea por comparecencia del afectado o por escrito, ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros cumpliendo con los requisitos que se establecen en el artículo 63 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, los cuales son:

- I. Nombre y domicilio del reclamante;
- II. Nombre y domicilio del representante o persona que promueve en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución;
- III. Descripción del servicio que se reclama, y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación;

- IV. Nombre de la Institución Financiera contra la que se formula la reclamación. La Comisión Nacional podrá solicitar a la Secretaría y a las Comisiones Nacionales los datos necesarios para proceder a la identificación de la Institución Financiera, cuando la información proporcionada por el Usuario sea insuficiente, y
- V. Documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, esta facultada para suplir la deficiencia de las reclamaciones en beneficio del usuario conforme a lo señalado en el propio artículo 63 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, en relación directa con el artículo 1º del mismo ordenamiento legal.

Para tal efecto, el beneficiario cuenta con un término de dos años computados a partir del hecho que da origen a la reclamación o a partir de la negativa de la institución para presentar la misma (art. 65 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

Por su parte, el artículo 67 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, establece que se correrá traslado a la institución financiera de la reclamación presentada en su contra, anexando a la misma todos los elementos que el usuario hubiese aportado, señalando fecha para la audiencia de conciliación y apercibiendo a la institución financiera de sanción pecuniaria en caso

de no asistir.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en todo momento, tiene la facultad de solicitar a la institución financiera la información y documentación que considere pertinentes, siempre y cuando estén relacionadas con la reclamación.

Ahora bien, el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, consagra las reglas en que debe llevarse a cabo el proceso conciliatorio, entre las que se encuentran que, la institución deberá rendir un informe por escrito en el que se responderá de manera razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, fracciones II, III y IV de dicho artículo; de lo que se desprende que la reclamación deberá constar, invariablemente, por escrito. Para cumplir con este requisito y con fundamento en el artículo 5 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la organización de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros está diseñada de manera que, el usuario no requiere de mayor requisito para presentar su reclamación en contra de la afianzadora más que su simple comparecencia, ya que la Comisión cuenta con personal que lo asista en la elaboración de su reclamación.

Plazo para la celebración de la audiencia de conciliación. La fracción primera del artículo 68 señala que si las circunstancias del caso lo permiten antes de citar a la audiencia de conciliación, se intentará la conciliación inmediata por cualquier medio con el objeto

de que las partes lleguen aun acuerdo, de no lograrse este la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, citará a las partes a una audiencia de conciliación que se realizará dentro de los veinte días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación”.

Plazo para presentar el informe detallado. El término para la presentación del informe detallado, es de 20 días hábiles contados a partir de la fecha en que la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros reciba la reclamación, en el cómputo de este término se deberá considerar que el último día no es completo, ya que el plazo vence en el momento en que se inicia la celebración de la audiencia de conciliación. Esto significa que de acuerdo a la fracción segunda del artículo que se analiza, la afianzadora deberá, por conducto de un representante, rendir un informe por escrito que se presentará con anterioridad o hasta el momento de la celebración de la audiencia de conciliación.

Como ya mencionamos, en este informe la institución de fianzas deberá responder de manera razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, en caso contrario, dicho informe se tendrá por no presentado para todos los efectos legales a que haya lugar; esto implica que la afianzadora deberá indicar si el pago procede, en cuyo caso exhibirá el cheque en el momento de la audiencia o señalará la fecha en que el beneficiario podrá recogerlo, y si no procede la reclamación, aducirá las razones o motivos en que se funda para rechazarla. Asimismo, la falta de presentación del informe, no podrá ser causa para suspender o diferir la audiencia de

conciliación, ya que ésta deberá darse por concluida el día señalado para su celebración, salvo que por cualquier circunstancia, a juicio de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros no pueda celebrarse en la fecha indicada, caso en el cual se deberá verificar dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si bien la falta de presentación del informe a que se refiere el párrafo anterior no suspende la celebración de la audiencia, si hará tener por cierto lo manifestado por el Usuario, independientemente de las sanciones a que haya lugar de conformidad con lo señalado en esta ley (art. 68 fracciones II, III, IV y V).

Audiencia de conciliación. En la fecha señalada por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros se llevará a cabo la audiencia de conciliación o avenencia, misma que se celebrará con la intervención del representante de la institución de fianzas, el beneficiario-reclamante y el fiado, en caso de que lo haya solicitado la afianzadora.

En la audiencia respectiva se exhortará a las partes a conciliar sus intereses. En ella se pueden presentar varios supuestos:

a) Que compareciendo ambas partes (reclamante y afianzadora), lleguen a una conciliación.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo para la resolución de la reclamación, el mismo se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante. En todo momento, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros,

deberá explicar al Usuario los efectos y alcances de dicho acuerdo; si después de escuchar la explicación el Usuario decide aceptar el acuerdo, éste se firmará por ambas partes y por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, fijándose un término para acreditar su cumplimiento. La carga de la prueba respecto del cumplimiento del convenio corresponde a la Institución Financiera y, en caso de omisión, se hará acreedora a una multa de 500 a 2000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal (art. 68, fracciones VIII y IX y 94 fracción V de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros)

b) Que compareciendo ambas partes (reclamante y afianzadora), no lleguen a una conciliación.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros las invitará a que, de común acuerdo, la designen como árbitro para resolver su controversia, o a alguno o algunos de los árbitros que ésta les proponga, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar en el acta que al efecto se firme ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. En el caso de que las partes decidan no someterse al arbitraje se dejarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los tribunales competentes o en la vía que proceda (art. 68, fracción VII de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

c) Si no comparece el reclamante.

Deberá presentar, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para su celebración, justificación de su inasistencia, en caso contrario se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros por los mismos hechos, debiendo levantarse acta en donde se haga constar la inasistencia del Usuario (art. 69 Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

d) Si no comparece la institución de fianzas.

Se le impondrá una multa de 500 a 2000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal (art. 95, fracción IV de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros). Además, siempre que del escrito de reclamación o del informe presentado por la Institución Financiera, se desprendan elementos que a juicio de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros permitan suponer la procedencia de lo reclamado, la propia Comisión Nacional podrá emitir, previa solicitud por escrito del Usuario, un dictamen técnico que contenga su opinión. Para la elaboración del dictamen, la Comisión podrá allegarse todos los elementos que juzgue necesarios. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros entregará al reclamante, contra pago de su costo, copia certificada del dictamen técnico, a efecto de que lo pueda hacer valer ante los tribunales competentes quienes deberán tomarlo en cuenta en el procedimiento respectivo (art. 68, fracción VII de la Ley de Protección

y Defensa al Usuario de Servicios Financieros)

Concluidas las audiencias de conciliación y en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, ordenará a la Institución Financiera correspondiente que registre el pasivo contingente que derive de la reclamación, dando aviso de ello, en su caso, a las Comisiones Nacionales a la que corresponda su supervisión. Ese registro contable podrá ser cancelado por la Institución Financiera, bajo su estricta responsabilidad, si transcurridos ciento ochenta días naturales después de su anotación, el reclamante no ha hecho valer sus derechos ante la autoridad judicial competente o no ha dado inicio al procedimiento arbitral conforme a esta ley (art. 68 fracción X de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

E) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXIGIBILIDAD DE LA FIANZA DEL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y SUS MODALIDADES.

Este procedimiento se aplica de acuerdo a la parte final del primer párrafo del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, exclusivamente, tratándose de las fianzas otorgadas a favor de la federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros.

Recordemos que en el capítulo primero de antecedentes mencionamos que en 1950 cuando se emitió la Ley vigente en materia

de Instituciones de Fianzas, todas las pólizas que se otorgaran a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, para hacerse efectivas debían observar el procedimiento especial contemplado en el artículo 95. Toda vez que, originalmente, el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, al hablar de la forma de hacer efectivas las garantías, excluyó a las fianzas otorgadas por institución autorizada, contemplada en la fracción III del artículo 141 del mismo ordenamiento. Sin embargo, con el Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga disposiciones del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la federación y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 1988 se establece en dicho precepto legal que, tratándose de fianzas a favor de la Federación, otorgada para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse exigible, se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución contemplado con las modalidades que al respecto indica el artículo en cuestión.

De acuerdo al artículo 142 del Código Fiscal de la Federación procede garantizar el interés fiscal, cuando I. Se solicite la suspensión del procedimientos administrativo de ejecución. II. Se solicite prórroga para el pago de los créditos fiscales o para que los mismos sean cubiertos en parcialidades, si dichas facilidades se conceden individualmente. III. Se solicite la aplicación del producto en los términos del artículo 159 de este Código. IV. En los demás casos que señalen este ordenamiento y las leyes fiscales.

Por tanto, procede garantizar con fianza cualquier crédito fiscal

que no pueda ser exigible, ya sea por convenio expreso o por algún derecho que le otorgue la Ley Fiscal a los particulares por estar haciendo uso de sus medios de defensa. Son créditos fiscales de acuerdo al artículo 4º del mismo ordenamiento "... los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena..."

Cabe hacer mención que, dentro de estas obligaciones fiscales, se encuentran las cuotas obrero-patronales, recargos y capitales constitutivos que se tienen que enterar al Instituto Mexicano del Seguro Social. Lo anterior, de conformidad al artículo 267 de la Ley del seguro Social que establece que dichas cuotas tienen el carácter de fiscal; a su vez el artículo 268 de la Ley que rige al Instituto Mexicano del Seguro Social, le atribuye el carácter de organismo fiscal autónomo para el cobro de las cuotas obrero-patronales, y le concede facultades expresas para determinar los créditos y las bases para su liquidación, así como para fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos; este organismo hará efectivos estos créditos fiscales siguiendo el procedimiento administrativo de ejecución establecido en el Código Fiscal de la Federación (art. 271 de la Ley del seguro Social), mismo que sólo podrá ser suspendido cuando se garantice su pago mediante las garantías que dispone el propio Código Fiscal de la Federación.

¿Ante quien se presenta la reclamación? El artículo 143 del

Código Fiscal de la Federación establece que tratándose de fianza a favor de la Federación, otorgada para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse exigible, se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución con las siguientes modalidades: “La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora... Para ello la afianzadora designará, en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, un apoderado para recibir requerimientos de pago y el domicilio para dicho efecto, debiendo informar de los cambios que se produzcan dentro de los quince días siguientes al en que ocurran. La citada información se proporcionará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que se publicará en el Diario Oficial de la Federación para conocimiento de las autoridades ejecutoras. Se notificará el requerimiento por estrados en las regiones donde no se haga alguno de los señalamientos mencionados”

Como podemos ver, existe gran similitud con el procedimiento señalado en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el cual las notificaciones se podían hacer en el domicilio fiscal o establecimientos de la afianzadora; de acuerdo al artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, todos los requerimientos de pago que se efectúen de acuerdo a este procedimiento, deben realizarse directamente a las afianzadoras en dichos domicilios, siempre que se haga a través de los apoderados que éstas expresamente señalen para tales efectos.

Requisitos que debe reunir el requerimiento de pago. Una vez que hemos aclarado que la reclamación debe hacerse ante la institución

afianzadora en el domicilio fiscal o sus establecimientos, por conducto del apoderado designado, veamos que requisitos debe reunir el requerimiento de pago. De acuerdo al inciso a) del artículo 143 en comento “La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad... Se notificará el requerimiento por estrados en las regiones donde no se haga alguno de los señalamientos mencionados”.

Esto significa que todo requerimiento de pago que la autoridad administrativa realice deberá reunir, en principio, los requisitos del artículo 16 Constitucional, debiendo ser emitido por autoridad competente, que funde y motive la causa legal del requerimiento; asimismo, al momento de notificarse deben observarse todos los requisitos de legalidad previstos en los artículos 134 al 137 del Código Fiscal de la Federación para que la notificación produzca efectos.

Al respecto, es útil transcribir del Código Fiscal de la Federación lo que resulta aplicable a este tipo de notificaciones: la fracción I del artículo 134 establece que “Las notificaciones de los actos administrativos se harán: I. Personalmente o por correo certificado con acuse de recibo, cuando se trate de citatorios, requerimientos, solicitudes de informes o documentos y de actos administrativos que puedan ser recurridos”. El artículo 135 señala que “Las notificaciones surtirán efectos el día hábil siguiente a aquél en que fueron hechas y al practicarlas deberá proporcionarse al interesado copia del acto administrativo que se notifique...”. Artículo 136. “Las notificaciones se podrán hacer... También se podrán efectuar en el último domicilio que

el interesado haya señalado ... Toda notificación personal, realizada con quien deba entenderse será legalmente válida...". Artículo 137. Cuando la notificación se efectúe personalmente y el notificador no encuentre a quién deba notificar, le dejará citatorio en el domicilio, sea para que espere a una hora fija del día hábil siguiente o para que acuda a notificarse, dentro del plazo de seis días, a las oficinas de las autoridades fiscales. Tratándose de actos relativos al procedimiento administrativo de ejecución, el citatorio será siempre para la espera antes señalada y, si la persona citada o su representante legal no esperaren, se practicará la diligencia con quien se encuentre en el domicilio o en su defecto con un vecino.

Adicionalmente a estas formalidades, deberá acompañar copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad, estos documentos son muy similares a los que mencionamos al analizar el procedimiento de reclamación del artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por tanto para acreditar la obligación que la afianzadora asumió frente a la autoridad fiscal, bastará con que se anexe copia de la póliza de fianza; la existencia y exigibilidad del crédito garantizado se acredita con la copia del acto administrativo a través del cual se fincó el crédito fiscal en cuestión, la copia del recurso que el fiado presentó en contra de dicho acto y la resolución recaída al mismo o, en su caso, así como la liquidación que formule la autoridad fiscal y el acta de incumplimiento.

Ahora bien, por tratarse de un requerimiento de pago, resulta a su vez aplicable lo establecido en el artículo 38 del Código Fiscal de la

Federación, que es el que contiene los requisitos que deben contener las notificaciones:

Art. 38. Los actos administrativos que se deban notificar deberán tener por lo menos los siguientes requisitos: I. Constar por escrito en documento impreso o digital. II. Señalar la autoridad que lo emite. III. Señalar lugar y fecha de emisión. IV. Estar fundado y motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate. V. Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido. Cuando se ignore el nombre de la persona a la que va dirigido, se señalarán los datos suficientes que permitan su identificación. En el caso de resoluciones administrativas que consten en documentos digitales, deberán contener la firma electrónica avanzada del funcionario competente, la que tendrá el mismo valor que la firma autógrafa. Para la emisión y regulación de la firma electrónica avanzada de los funcionarios pertenecientes al Servicio de Administración Tributaria, serán aplicables las disposiciones previstas en el Capítulo Segundo, del Título I denominado "De los Medios Electrónicos" de este ordenamiento. En caso de resoluciones administrativas que consten en documentos impresos, el funcionario competente podrá expresar su voluntad para emitir la resolución plasmando en el documento impreso un sello expresado en caracteres, generado mediante el uso de su firma electrónica avanzada y amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución. Para dichos efectos, la impresión de caracteres consistente en el sello resultado del acto de firmar con la firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución, que se encuentre contenida en el documento impreso,

producirá los mismos efectos que las Leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio. Asimismo, la integridad y autoría del documento impreso que contenga la impresión del sello resultado de la firma electrónica avanzada y amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución, será verificable mediante el método de remisión al documento original con la clave pública del autor. El Servicio de Administración Tributaria establecerá los medios a través de los cuales se podrá comprobar la integridad y autoría del documento señalado en el párrafo anterior. Si se trata de resoluciones administrativas que determinen la responsabilidad solidaria se señalará, además, la causa legal de la responsabilidad

Término para pagar el requerimiento. El inciso b) del artículo 143 establece que “Si no se paga dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la propia ejecutora ordenará a la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que remate, en bolsa, valores propiedad de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado, y le envíe de inmediato su producto”.

Respecto a la forma de computar el mes siguiente en el que se deberá pagar el requerimiento, cabe aclarar que el mismo Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 12 que “... En todos los plazos establecidos por periodos y aquéllos en que se señale una fecha determinada para su extinción se computarán todos los días. Cuando los plazos se fijen por mes o por año, sin especificar que sean de calendario, se entenderá que en el primer caso el plazo concluye el

mismo día del mes de calendario posterior a aquél en que se inició... En los plazos que se fijan por mes o por año cuando no exista el mismo día en el mes de calendario correspondiente, el término será el primer día hábil del siguiente mes de calendario...”

La autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito para rematar en bolsa, valores propiedad de la afianzadora es la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que es la autoridad encargada de la vigilancia e inspección de las Instituciones de Fianzas, creada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1990.

La notificación surtirá efectos al día hábil siguiente a aquel en que fue realizada, de acuerdo al artículo 135 del Código Fiscal de la Federación “Las notificaciones surtirán sus efectos el día hábil siguiente a aquél en que fueron hechas y al practicarlas deberá proporcionarse al interesado copia del acto administrativo que se notifique. Cuando la notificación la hagan directamente las autoridades fiscales, deberá señalarse la fecha en que ésta se efectúe, recabando el nombre y la firma de la persona con quien se entienda la diligencia. Si ésta se niega a una u otra cosa, se hará constar en el acta de notificación...”

Los requerimientos de pago formulados con fundamento en el artículo 143, pueden ser impugnados a través del juicio de nulidad, dentro de los 45 días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación.

De esta manera podemos observar que este procedimiento es muy similar al establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas por lo que se refiere a las notificaciones, la debida motivación y fundamentación del requerimiento de pago, así como la sanción de rematar, en bolsa, valores propiedad de la afianzadora en caso de que no pague, en el término señalado por la ley, la reclamación.

CAPÍTULO CUARTO:

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y SUS MODALIDADES, QUE DESNATURALIZAN LA FIANZA MERCANTIL.

De lo manifestado en los capítulos anteriores tenemos que, la Fianza de Empresa o la emitida de forma habitual y a título oneroso por Instituciones autorizadas, es un contrato mercantil y accesorio para todas las partes que intervengan, sin importar si el beneficiario es la autoridad federal o local o bien particulares, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 2794, 2797, 2798 y 2799 del Código Civil Federal, situación que, antes de las reformas a dicho ordenamiento legal contenidas en el Decreto de fecha 14 de julio de 1993, era plenamente reconocida, operando la figura de extinción de la obligación fiadora por prescripción, que preceptuaba el artículo 120 de dicha Ley anterior a las reformas aludidas, al transcurrir el término de tres años computado a partir de que las obligaciones garantizadas eran exigibles, sin hacerse distinción alguna para la aplicación de esta figura de extinción, en relación a las obligaciones afianzadas; es decir, si se trataban de obligaciones fiscales, contratos de obra pública, o de obligaciones entre particulares; el común denominador era que las obligaciones garantizadas se extinguían por prescripción conforme a lo dispuesto en el artículo 120 referido, siendo la Ley especial que regulaba la forma de hacer exigibles las fianzas y la extinción de las mismas la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Esto a pesar de la remisión que la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas hace al Código Fiscal de la Federación, respecto de la exigibilidad de las fianzas que garantizan créditos fiscales, toda vez que el criterio que se mantenía en ese entonces, es que dicha remisión se refería única y exclusivamente al procedimiento para hacer efectivas este tipo de fianzas, es decir, se trataba de un procedimiento privilegiado otorgado a las autoridades para reclamar o requerir el pago de este tipo de fianzas, tal y como se mencionó desde el capítulo de antecedentes Históricos de la Fianza Mercantil.

Con las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, contenidas en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1993, entre otros se modificó y adicionó el artículo 120 de dicha Ley, al que se incorpora la figura de la caducidad; con lo cual se modifica el criterio antes señalado

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente con anterioridad al decreto del 14 de Julio de 1993, establecía, literalmente, lo siguiente:

“ARTICULO 120

Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en tres años. El requerimiento escrito de pago o en su caso la presentación de la demanda, interrumpen la prescripción”

Con la reforma y adición aludida dicho precepto estableció:

“ARTICULO 120

Cuando la Institución de Fianzas se hubiere 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 ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedará 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 liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que 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, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente", (el subrayado es del suscrito)

Es con esta modificación y adición, que se generan una serie de criterios emitidos a favor y en contra de la aplicación de la caducidad y de la prescripción que establece el referido artículo 120, por parte del las diversas Salas del H. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y en los Tribunales Colegiados y Jueces de Distrito del

H. Poder Judicial de la Federación, respecto de las fianzas que garantizan créditos fiscales, así como cuando el beneficiario es una autoridad Federal o Local; diversidad de criterios que provocaron que las Salas de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocieran de distintas revisiones de amparo y contradicciones de Tesis, resolviendo sobre el criterio que debía prevalecer, dentro de las que se destacan las siguientes jurisprudencias y criterios de la Primera y Segunda Sala de nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a continuación se transcriben:

No. Registro: 200,556

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: 2a./J. 33/96

Página: 203

FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACION PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVE LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES.

De la interpretación sistemática de los artículos 93, 93 bis, 94 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143, del Código Fiscal de la Federación, se advierte que la efectividad de las pólizas de fianzas expedidas por instituciones autorizadas, está sujeta a distintos tratamientos y procedimientos, atendiendo a la naturaleza de los sujetos beneficiarios y al tipo de obligaciones

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

requerimiento de pago, puesto que no tiene necesidad de vencer previamente a dicha institución. En consecuencia, la caducidad, como medio de que las afianzadoras se liberen de su obligación de pago, que prevé el multicitado artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es inaplicable tratándose de las fianzas otorgadas en favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales de terceros.

Contradicción de tesis 86/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 14 de junio de 1996. Mayoría de tres votos. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano quien emitió voto particular. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Carezo Rivas.

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

Jurisprudencia anterior que, en síntesis, determina que la caducidad contenida en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no es aplicable, tratándose de pólizas de fianza que garantizan obligaciones fiscales a cargo de un contribuyente, al realizarse el cobro de este tipo de fianzas por la autoridad mediante un requerimientos de pago, sino tan solo en cuanto a las reclamaciones que presentan los otros beneficiarios de las fianzas que hacen exigibles conforme a los artículos 93, 94 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación; es decir, después de analizar los diversos procedimientos para hacer efectiva una fianza, contenidos en los preceptos legales

antes señalados, se determina en esta jurisprudencia que la caducidad en cuestión tan solo es aplicable a las reclamaciones a que aluden los artículos 93, 93 bis y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y no a los requerimientos de pago que se formulan por autoridad para hacer exigible la garantía del interés fiscal, realizando una distinción que no hace la ley Federal de Instituciones de Fianzas ni el propio Código Fiscal de la Federación, en cuanto a que procedimientos de exigibilidad de una fianza debe aplicarse o no la caducidad y la prescripción consagradas en el artículo 120 de la ley en principio señalada, más aún, no se toma en cuenta el carácter mercantil y accesorio de este medio de garantía.

No. Registro: 188,324

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Diciembre de 2001

Tesis: 2a./J. 71/2001

Página: 205

AFIANZADORAS. SE ENCUENTRAN LEGITIMADAS PARA Oponer LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DEL CRÉDITO FISCAL, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE EL CONTRIBUYENTE FIADO LA HAYA O NO HECHO VALER.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 141, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, las instituciones afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión, lo que permite a la autoridad fiscal requerirlas de pago directamente, sin necesidad de proceder en contra del contribuyente, por lo que es en ese procedimiento en el que deben hacerse valer todas las excepciones inherentes al crédito fiscal, como lo es la de prescripción, sin que pueda exigirse, condicionar o limitar a la institución afianzadora

a las que haga valer el deudor principal, pues en virtud de la ausencia de los aludidos beneficios, es jurídicamente posible e, incluso, más ágil y fructífero para la autoridad hacendaria, que dicho contribuyente no llegue a ser requerido de pago; de tal manera que la única oportunidad para oponer las defensas que se estimen pertinentes sería en el procedimiento instaurado en contra de la afianzadora, lo que además resulta congruente con la naturaleza accesoria del contrato de fianza, pues ésta no puede rebasar la obligación principal, por lo que al extinguirse ésta acontece lo mismo con aquélla. Admitir lo contrario, esto es, que las instituciones garantes no pueden oponer la excepción de que se trata, en el supuesto de que el fiado no la haya hecho valer, equivaldría a reconocer la imposibilidad o dificultad de dichas instituciones para aducir la prescripción del crédito fiscal, pues bastaría que la autoridad, aun en los créditos notoria e indudablemente prescritos, aprovechando que las garantes no gozan de los privilegios de orden y excusión, requirieran de pago a éstas y no al contribuyente, lo que a su vez motivaría que éste no tuviera la oportunidad procesal ni el interés jurídico o la necesidad de hacer valer las excepciones correspondientes; consecuentemente, se obligaría a las afianzadoras a cubrir créditos fiscales prescritos, lo que además de carecer de sustento jurídico, se traduciría en un estado de indefensión para aquéllas, aunado a la plena transgresión de la seguridad jurídica que busca la figura de la prescripción.

Contradicción de tesis 72/2001-SS. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados del Décimo Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Séptimo Circuito. 23 de noviembre de 2001. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alberto Díaz Díaz.

Tesis de jurisprudencia 71/2001. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de

noviembre de dos mil uno.(el subrayado es del suscrito)

Jurisprudencia en cuestión, en la que se determina por la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que las Instituciones Afianzadoras pueden hacer valer la prescripción de la obligación fiscal garantizada, es decir la contenida en el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación al no gozar de los beneficios de orden y excusión, dado que en caso contrario, la Autoridad Fiscal podría requerir de pago créditos fiscales prescritos, siendo fructífero para ella el requerir directamente a la institución de fianzas y no al contribuyente directo al no gozar la afianzadora de los beneficios de orden y exclusión, sin tomar en consideración dicha jurisprudencia, que lo que se hace exigible es la fianza y no la obligación garantizada en ella, y pese a que en las consideraciones que llevaron a fijar este criterio, se realizaron diversos razonamientos y conclusiones sobre los procedimientos para requerir o reclamar de pago la fianza de empresa y la accesoriadad de esta, es el caso, que se determina la inaplicabilidad de la caducidad y prescripción contenidas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al concluirse que al requerir de pago la autoridad fiscal una fianza que garantiza obligaciones fiscales, no son aplicables tales figuras de extinción; razonamientos que se transcriben en parte a continuación, al considerarse sumamente relevantes para el presente:

“...Para dilucidar la presente contradicción de tesis es menester, en primer término, señalar los procedimientos a través de los cuales son exigibles las fianzas otorgadas por las instituciones autorizadas para ello.

La efectividad de las pólizas expedidas por las

instituciones autorizadas está sujeta a distintos tratamientos procedimentales, atendiendo a la naturaleza de los sujetos beneficiarios y al tipo de obligaciones garantizadas, los cuales a saber son:

1. Procedimiento ordinario o general. Éste es seguido cuando los beneficiarios de las fianzas son personas distintas de la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios, esto es, se trata de sujetos en general que no requieren calidad específica o distintiva alguna, contemplado por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

2. Procedimiento privilegiado. Resulta aplicable cuando los beneficiarios de la fianza son la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, siempre que tratándose de la Federación no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros. Dichos beneficiarios podrán optar por hacer efectivas las pólizas siguiendo el procedimiento a que se refiere el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, o bien, aquel a que se contrae el artículo 95 del mismo ordenamiento jurídico.

3. Procedimiento excepcional. Éste es procedente solamente cuando la fianza cuya efectividad se pretende fue otorgada en favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso de excepción en el que debe aplicarse el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación.

Ahora bien, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece la caducidad de las obligaciones contraídas por dichas instituciones...”

En consecuencia, se hace necesario precisar la aplicabilidad del precepto anterior a los procedimientos enunciados, en particular el último de ellos que es el trascendente para los fines del presente estudio.

Sobre el particular, esta Segunda Sala y el Tribunal Pleno han establecido las tesis de jurisprudencia cuyo rubro, texto y datos de identificación son del tenor siguiente:

"FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVÉ LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES.-.

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

...Del contenido de las tesis de jurisprudencia anteriores, se obtiene lo siguiente:

- Tratándose del procedimiento denominado ordinario o general, previsto por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sí opera la caducidad contemplada por el artículo 120 de dicho ordenamiento.

- En relación con el procedimiento privilegiado, en el que los beneficiarios son el Distrito Federal, los Estados, los

Municipios o la Federación, excepto cuando se garanticen a favor de ésta obligaciones fiscales a cargo de terceros, deben distinguirse dos supuestos:

- Si el procedimiento elegido fue el previsto por el artículo 93 de la ley en cita, sí opera la caducidad.

- En cambio, si se optó por el procedimiento contemplado por el artículo 95 del ordenamiento en consulta, no opera dicha figura procesal.

- Respecto al procedimiento denominado excepcional, previsto por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, que se sigue cuando la fianza cuya efectividad se pretende fue otorgada a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, la caducidad prevista por el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no opera.

Ahora bien, tratándose de este último procedimiento, como ya se precisó, no opera la caducidad que señala el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; empero, sí le resulta aplicable la figura de la prescripción prevista por el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, que dispone...:

En efecto, sobre el particular esta Segunda Sala ha establecido la tesis de jurisprudencia del tenor siguiente:

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

...De lo hasta ahora expuesto, particularmente con la tesis de jurisprudencia citada en último término, se puede concluir con total nitidez que en el procedimiento de excepción previsto por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, las instituciones afianzadoras sí pueden hacer valer la excepción de prescripción del crédito fiscal garantizado.

Cabe agregar que en similares términos ya se ha pronunciado esta Segunda Sala en su anterior integración, como se aduce de la tesis que lleva por rubro, texto y datos de identificación:

"FIANZAS, PRESCRIPCIÓN DE LAS. LAS AFIANZADORAS PUEDEN INVOCARLA POR VÍA DE ACCIÓN EN EL JUICIO DE NULIDAD, COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LAS FIANZAS..."

...Consecuentemente, para determinar la regulación del contrato de fianza es necesario atender a la legislación mercantil y, en su defecto, a la codificación civil.

...Por tanto, lo anterior implica que, concretamente en la materia fiscal, la autoridad puede requerir el cobro del interés fiscal al contribuyente o a la afianzadora, en el orden que estime pertinente, ya sea conjunta o separadamente; en la inteligencia de que si el cumplimiento de la obligación se exige a la afianzadora, ésta no podrá aducir en su favor que también se requiera al deudor principal, o bien, que se apliquen los bienes de éste al pago de la contribución de que se trate.

En consecuencia, se pueden obtener las siguientes

conclusiones:

1. La fianza es un contrato cuya principal característica conforme a su naturaleza es la accesoriedad, ya que depende forzosamente de la existencia de una obligación que se denomina principal.

2. Atento su carácter accesorio, la fianza no puede rebasar a la obligación cuyo cumplimiento garantiza, además de que aquélla sólo subsistirá mientras ésta sea exigible.

3. En principio, el fiador goza de los beneficios de orden y de excusión, aunque puede renunciar a ellos. El primero consiste en que aquél tiene derecho a que en primer lugar se requiera al deudor el cumplimiento de la obligación principal y el segundo beneficio se traduce en que todo el valor libre de los bienes de aquél se aplique precisamente al pago de ésta, la que quedará extinguida, o bien, reducida en la parte que no se haya cubierto.

4. Tratándose de las instituciones afianzadoras, no gozan de los beneficios de orden y excusión, según lo contemplan expresamente los artículos 141, fracción III, del Código Fiscal de la Federación y 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

5. En consecuencia, la autoridad puede requerir el cobro del crédito fiscal al contribuyente o a la afianzadora en el orden que estime pertinente, ya sea conjunta o separadamente.

Ahora bien, la forma de hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se encuentra prevista por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación...

De todo lo hasta aquí expuesto, se obtienen con nitidez las siguientes conclusiones:

1. La naturaleza del contrato de fianza es su accesoriedad, porque su existencia depende forzosamente de la obligación que se denomina principal; por tanto, la fianza se extingue al mismo tiempo que aquélla. Además, por la característica en comento, la fianza no puede rebasar el alcance de la obligación cuyo cumplimiento garantiza.

2. En principio, el fiador goza de los beneficios de orden (consistente en que aquél tiene el derecho de que se requiera en primer lugar al deudor principal el cumplimiento de la obligación contraída) y excusión (referente a que todo el valor libre de los bienes del deudor se aplique al pago de la obligación, la que quedará extinguida, o bien, reducida en la parte que no se haya cubierto); sin embargo, tratándose de las instituciones afianzadoras y de la materia fiscal, aquéllas no gozan de los citados beneficios. En consecuencia, la autoridad hacendaria puede requerir a la institución el cobro del crédito fiscal al contribuyente o a la institución afianzadora en el orden que estime pertinente, ya sea conjunta o separadamente. Por tanto puede, incluso, que sólo se efectúe el cobro a la mencionada institución, sin necesidad de requerir en ningún momento al deudor principal (contribuyente).

3. Tratándose de fianzas a favor de la Federación, otorgadas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, son exigibles a través del procedimiento administrativo de ejecución, previsto por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, que es un procedimiento excepcional, en el cual la institución afianzadora sí puede hacer valer la excepción de prescripción del crédito fiscal, según se estableció jurisprudencialmente por esta Segunda Sala de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación.

4. La legitimación de la afianzadora para oponer la excepción en comento, obedece a que aquélla tiene derecho a hacer valer "todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza", según lo contempla el artículo 94, fracción VIII, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, lo que se reitera en el Código Civil Federal, que establece que: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal ..." (artículo 2812) y "La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones ..." (artículo 2813).

5. Merece subrayarse que de acuerdo al último de los aludidos preceptos, la legitimación de la afianzadora para oponer la excepción en comento persiste aun en el caso de que el obligado principal renuncie voluntariamente a la prescripción de la deuda.

6. El sentido y alcance de las disposiciones citadas con antelación se corrobora con lo señalado por el artículo 143, inciso a), del código tributario, referente a que la autoridad ejecutora, al requerir de pago a la afianzadora, debe acompañar copias de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad, siendo que en ésta se encuentra incluido lo atinente a la extinción del crédito, pues resulta evidente la improcedencia de la exigibilidad de un crédito prescrito.

7. Los señalamientos efectuados en los tres puntos precedentes se justifican en virtud de que la prescripción, como institución liberatoria de obligaciones, tiene como

objetivo la seguridad jurídica, que en materia fiscal, específicamente en torno al crédito de esa índole, se traduce en que el cobro de éste no pueda realizarse por la autoridad hacendaria en cualquier tiempo, sin limitación alguna, independientemente de quién sea el destinatario del requerimiento de pago.

8. La Ley Federal de Instituciones de Fianzas contempla las acciones que aquéllas pueden ejercer en contra de los fiados; sin embargo, de acuerdo con el artículo 2834 del Código Civil Federal, estos últimos pueden oponerle a la afianzadora las excepciones que, teniendo conocimiento de ellas, no las haya hecho valer. De tal manera que si la institución garante no opone la excepción de prescripción del crédito fiscal a pesar de conocer de su existencia, al repetir en contra del fiado éste le podrá oponer la excepción de mérito, la cual prosperará. En otras palabras, la afianzadora será responsable por no hacer valer la excepción en comento, de donde se sigue su legitimación para oponerla.

Con base en los señalamientos anteriores, se arriba a la conclusión de que las instituciones afianzadoras se encuentran legitimadas para oponer la excepción de prescripción del crédito fiscal, con entera independencia de que el deudor principal (contribuyente) la haya hecho valer o no, en tanto se trata de una excepción inherente a la obligación garantizada.

En efecto, si la fianza es un contrato accesorio, que no puede rebasar la obligación principal y que al extinguirse ésta acontece lo mismo con aquélla, resulta innegable que la pretensión de la afianzadora al aducir la prescripción de la obligación principal, esto es, su extinción, a la vez está haciendo valer la de su obligación garante.

Además, las instituciones afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión, lo que le permite a la autoridad fiscal requerirla de pago directamente, sin necesidad de proceder en contra del contribuyente, por lo que es en ese procedimiento en el que deben hacerse valer todas las excepciones inherentes al crédito fiscal, como lo es la de prescripción, sin que pueda exigirse condicionar o limitar a la institución afianzadora a las que haga valer el deudor principal, pues dada la ausencia de los aludidos beneficios, es jurídicamente posible (y más ágil y fructífero para la autoridad hacendaria) que dicho contribuyente no llegue a ser requerido de pago; de tal manera que la única oportunidad para oponer las defensas que se estimen pertinentes sería en el procedimiento instaurado en contra de la afianzadora.

Admitir lo contrario, esto es, la imposibilidad de la institución garante para oponer la excepción de que se trata, en el supuesto de que el contribuyente no la haya hecho valer, equivaldría a reconocer la imposibilidad o dificultad de dichas instituciones para aducir la prescripción del crédito fiscal, pues bastaría que la autoridad, aun en los créditos notoria e indudablemente prescritos, aprovechando que las garantes no gozan de los privilegios de orden y excusión, requirieran de pago a éstas y no al contribuyente, lo que a su vez motivaría que éste no tuviera la oportunidad procesal ni el interés jurídico o la necesidad de hacer valer las excepciones correspondientes; consecuentemente, se obligaría a las afianzadoras a cubrir créditos fiscales prescritos, lo que además de carecer de sustento jurídico, se traduciría en un estado de indefensión para aquéllas, aunado a la plena transgresión de la seguridad jurídica que busca la figura de la prescripción.

Otra razón que denota que es inaceptable la falta de

legitimación de las instituciones garantes para aducir en su defensa la prescripción del crédito fiscal, implicaría que se alterara la naturaleza accesoria de la fianza, al permitirse que ésta subsista más allá de la obligación garantizada, cuando ésta ya se extinguió, de tal manera que la sustituiría convirtiéndose en obligación principal, lo cual rompe con toda la regulación jurídica de la fianza.

Además, el precepto legal que contempla la prescripción del crédito fiscal sólo señala que se podrá oponer como excepción en los recursos administrativos; por tanto, si la norma jurídica no contempla ninguna condición para hacer valer dicha excepción, no es dable establecer alguna en donde el legislador no lo hizo, ello en respeto al principio general del derecho atinente a que cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir.

En consecuencia, resulta evidente que la hipótesis aludida no se surte tratándose de requerimiento de pago que el fisco le haga a las afianzadoras, pues al defenderse éstas del cobro, no se están encargando del asunto de otro (que sería el contribuyente), sino del propio, en tanto ellas son las destinatarias del requerimiento y además, en caso de impago, las consecuencias las sufren dichas instituciones, no el contribuyente...”(el subrayado es del suscrito).

De estos razonamientos, se aprecia que, a pesar de que la Segunda Sala de nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera la accesoriadad de la fianza de empresa como una de sus principales características, e incluso la determina como fructífera para la Autoridad Fiscal, dado que las instituciones garantes que las emiten no gozan de los beneficios de orden y exclusión, tenemos que, desafortunadamente, en dichas consideraciones no se toma en cuenta debidamente la mercantilidad de la fianza de empresa, y se sostiene

una distinción que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación no hacen; al mantenerse el criterio de que la Autoridad formula requerimientos de pago y no reclamaciones como los particulares, de acuerdo a los procedimientos de exigibilidad contemplados en los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación; es decir, tratándose de los procedimientos de exigibilidad privilegiados con que cuenta la Autoridad, no son aplicables los medios de extinción por caducidad y prescripción contenidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino únicamente para los particulares que son los que de acuerdo al análisis de los preceptos antes aludidos, son los que reclaman de pago la fianza de la que son beneficiarios, sin tomarse en cuenta que en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y mucho menos en el Código Fiscal de la Federación, establecen en alguna de sus partes tal distinción o mucho menos indican en que casos no son aplicables las figuras de extinción consagradas en dichos ordenamientos legales.

No. Registro: 190,946

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: 2a./J. 91/2000

Página: 286

**FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA
FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES
FISCALES A CARGO DE TERCEROS. LA
PRESCRIPCIÓN A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES**

GARANTES SE RIGE POR LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

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

remisión del Código Fiscal de la Federación, se refiere a todo lo que es necesario atender a fin de lograr el cobro de la fianza, entre lo que se incluye, desde luego, la prescripción, pues obviamente, tal figura atañe al cobro de lo garantizado en la fianza.

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

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

Nota: La tesis de jurisprudencia 33/96 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, agosto de 1996, página 203, con el rubro: "FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZA, EN CUANTO PREVÉ LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES.".(el subrayado es del suscrito)

En esta jurisprudencia, se mantiene el criterio de la Segunda Sala de nuestra H. Suprema Corte de Justicia, de que la autoridad beneficiaria de la fianza de empresa formula requerimientos de pago y no reclamaciones como los particulares, y por lo tanto no son aplicables las figuras de extinción por caducidad y prescripción consagradas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino que es aplicable la prescripción establecida en el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, sin tomarse en cuenta nuevamente que lo que

se requiere de pago es la garantía otorgada mediante póliza de fianza y no el crédito fiscal garantizado, independientemente si se trata de un requerimiento de pago o de una reclamación, así como que tampoco se considera que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2812 del Código Civil Federal de aplicación supletoria conforme a lo que señala el artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la institución de fianzas puede hacer valer todos las excepciones inherentes a la obligación principal garantizada, es decir, puede hacer valer la prescripción del Código Tributario.

No. Registro: 185,560

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Noviembre de 2002

Tesis: 2a./J. 122/2002

Página: 437

FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR UN CRÉDITO FISCAL CUYO PAGO FUE AUTORIZADO EN PARCIALIDADES. EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN SE COMPUTA A PARTIR DE QUE AQUÉL SE TORNA EXIGIBLE Y HA SIDO DETERMINADO EN CANTIDAD LÍQUIDA EN RESOLUCIÓN FIRME DEBIDAMENTE NOTIFICADA.

El artículo 66, fracción III, inciso c), del Código Fiscal de la Federación, dispone que un crédito fiscal cuyo pago fue autorizado en parcialidades se torna exigible cuando el contribuyente deja de pagar tres de ellas, quedando la autoridad fiscal, a partir de ese momento, facultada para iniciar el procedimiento administrativo de ejecución, previa emisión del requerimiento de pago relativo; por su

parte, el artículo 146 del propio Código señala que la prescripción constituye la extinción de los créditos fiscales por el transcurso del tiempo y que para que inicie el término de cinco años, es necesario que el pago se torne legalmente exigible en resolución firme debidamente notificada al deudor. En congruencia con lo antes expuesto y tomando en consideración que según lo previsto en los artículos 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 141, fracción III, del Código indicado, cuando la obligación fiscal fue garantizada con fianza otorgada por alguna institución afianzadora, la autoridad puede requerir el cobro del crédito fiscal al contribuyente o a la afianzadora, en el orden que estime pertinente, ya sea conjunta o separadamente, y hacerlo efectivo a través del procedimiento administrativo de ejecución, se concluye que el cómputo del término de la prescripción se inicia a partir de la fecha en que el pago de dicho crédito pudo ser legalmente exigido, esto es, cuando se incumplió con la obligación fiscal y ésta ya fue determinada en cantidad líquida en resolución firme debidamente notificada al deudor principal o a la institución garante.

Contradicción de tesis 73/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados, Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito y Primero en Materia Administrativa del Sexto Circuito. 4 de octubre de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.

Tesis de jurisprudencia 122/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticinco de octubre de dos mil dos. (el subrayado es del suscrito)

En esta jurisprudencia, se mantiene la postura de que tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de un tercero, es aplicable la prescripción consagrada en el artículo 146 del Código

Fiscal de la Federación, resaltando que se considera que se puede requerir de pago al obligado principal o a la institución garante de forma conjunta o separada, en base a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que se refiere a que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y exclusión; denotando en base a tal conclusión que, se confunde la obligación fiadora contenida en la póliza emitida por las instituciones de fianzas, con la obligación fiscal afianzada, e incluso, se considera a la institución garante como obligada solidaria que es otro medio de garantía señalado en la fracción IV del artículo 141 del Código Fiscal de la Federación., dado que al confundir la fianza con la obligación garantizada en ella, determinando que es aplicable únicamente la prescripción consagrada en el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, pudiendo requerirse conjunta o separadamente al obligado principal o a la afianzadora, es evidente tal situación, toda vez que al no gozar las instituciones de fianzas de los beneficios de orden y exclusión, esto conlleva únicamente a que no pueden hacer valer ante la autoridad fiscal que primero debe requerirse al contribuyente directo del pago de su obligación fiscal, y si este no lo cubre pueda entonces requerirse de pago la fianza, además de que la autoridad fiscal si bien puede requerir de pago conjuntamente o separadamente al obligado directo y a la institución de fianzas, no menos cierto es que los fundamentos legales que sustenten dichos actos de autoridad, son preceptos legales distintos, dado que en el primer caso lo sería el artículo 145 del Código Fiscal de la Federación que consagra el procedimiento administrativo de ejecución para exigir el pago de los créditos fiscales no cubiertos o no garantizados; y en el segundo supuesto lo es el artículo 143 del mismo ordenamiento legal

que contiene las modalidades especiales para hacer exigibles las fianzas.

No. Registro: 185,758

Jurisprudencia

Materia(s): *Administrativa*

Novena Época

Instancia: *Segunda Sala*

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: *XVI, Octubre de 2002*

Tesis: *2a./J. 117/2002*

Página: 280

FIANZAS. PARA QUE SE INTERRUMPA EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN, NO EXISTE OBLIGACIÓN DE LA AUTORIDAD FISCAL DE HACER SABER A LA INSTITUCIÓN AFIANZADORA LAS GESTIONES DE COBRO REALIZADAS AL CONTRIBUYENTE.

Entre las formalidades que señala el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación para la interrupción del término de la prescripción, únicamente se contienen las relativas a que las gestiones de cobro encaminadas a la satisfacción del interés fiscal se realicen dentro del procedimiento administrativo de ejecución y que se hagan del conocimiento del deudor, esto es, el contribuyente o la institución afianzadora que haya otorgado la póliza de fianza relativa a la garantía del crédito fiscal; además, en atención a lo establecido en los artículos 141, fracción III, del referido Código y 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como la naturaleza accesoria de la fianza, la afianzadora se sustituye en la totalidad de obligaciones al contribuyente, por lo que al constituirse en deudor, el fisco puede requerir de pago indistintamente tanto al contribuyente como a la afianzadora en el orden que estime pertinente. En tales condiciones, la interrupción del término de la prescripción tendrá lugar cuando se satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 146 del

Código Fiscal de la Federación, consistentes en que la gestión se realice dentro del procedimiento administrativo de ejecución y se haga del conocimiento del deudor (contribuyente o institución afianzadora), a través de la notificación respectiva, sin necesidad de que en el caso de que se realicen gestiones de cobro al contribuyente, se le hagan saber a la institución afianzadora, para que opere la referida interrupción.

Contradicción de tesis 72/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo del Décimo Cuarto Circuito, Segundo del Décimo Quinto Circuito, Primero del Décimo Sexto Circuito y Segundo en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito (antes Segundo en Materias Administrativa y de Trabajo). 4 de octubre de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.

Tesis de jurisprudencia 117/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del once de octubre de dos mil dos. (el subrayado es del suscrito)

Con esta jurisprudencia, se corrobora que se confunde la exigibilidad de las pólizas de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de un tercero, con el crédito fiscal garantizado en dichas pólizas, así como que se considera a las instituciones de fianzas como obligadas solidarias, dado que por ser una garantía del interés fiscal, accesoria a dichas obligaciones en la que la institución de fianzas substituye en todas sus obligaciones al contribuyente directo, le es aplicable la prescripción que establece el Código Fiscal de la Federación.

Por último, a continuación me permito transcribir parte de la sentencia del cuatro de octubre del año dos mil, dictada por la Primera

Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 108/97, respecto de la inconstitucionalidad de la fracción IV del artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, promovido por Crédito Afianzador, S.A., Compañía Mexicana de Garantías, en la que se determina que dicha fracción coloca a las afianzadoras y a los contribuyentes en un estado de incertidumbre jurídica, en tanto permite a la autoridad fiscal hacer efectiva la fianza en un plazo de cinco años, a partir del momento en que ella libremente decida levantar acta de incumplimiento de las obligaciones garantizadas .

“... Sin embargo, siendo exacto que el contrato de fianza es de índole civil tratándose de particulares y de índole mercantil tratándose de afianzadoras, debe tenerse presente que el empleo de este contrato para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones sujetas al régimen administrativo o concretamente fiscal, motivó que desde el año de mil novecientos cincuenta y tres, por virtud del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día siete de diciembre, se reformará la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para ocuparse específicamente de las fianzas otorgadas a favor de la Federación y otros entes públicos.

El procedimiento hasta entonces previsto para hacer efectivas las fianzas y la regla de prescripción de las acciones derivadas de éstas, se regían por los artículos que en seguida se consignan:

“ARTÍCULO 93.- Antes de iniciar juicio contra una institución de fianzas, el beneficiario deberá requerirla por oficio o escrito directo o dirigido a sus oficinas principales o sucursales para que cumpla sus obligaciones como fiadora. La institución dispondrá de un plazo de sesenta

días hábiles para hacer el pago, si es que procede.”

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

a). Tratándose de sentencias que condenen a pagar la inscripción, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro de los dos días siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que la cumpla. Si dentro de las setenta y dos horas siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca del juicio;

b). Tratándose de mandamientos de embargo, dictados por autoridad judicial o administrativa, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará los bienes de la institución de fianzas que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordeno el embargo. La misma Secretaría dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes.

VI.- El Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de las reglas procesales contenidas en este artículo.”

ARTÍCULO 95.- Los juicios que siga la Federación, el Gobierno del Distrito Federal y los de los territorios federales contra las instituciones de fianzas por obligaciones derivadas de fianzas otorgadas, se substanciarán ante los jueces de distrito del Distrito Federal; los que sigan los gobiernos de los Estados y Municipios contra las mismas instituciones y por obligaciones derivadas también de fianzas otorgadas, se substanciaran ante el juez de distrito del domicilio de la

entidad o autoridad beneficiaria, sujetándose en ambos casos a las reglas establecidas en el artículo anterior. Los particulares podrán elegir a su conveniencia, jueces federales o locales para el trámite de su reclamación.”

“ARTÍCULO 96.- El documento que consigne la obligación del solicitante, fiador, contrafiador u obligado solidario, acompañado de la certificación del contador de la institución de fianzas, de que ésta pagó al beneficiario y de una copia simple de la póliza, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente.

Igualmente dicho documento y la mencionada copia traerán aparejada ejecución para el cobro de las primas vencidas y no pagadas, con la certificación del contador de la institución respecto del adeudo.

La firma del contador de la institución de fianzas deberá ser legalizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los contadores de las instituciones que al certificar los documentos a que se refiere este artículo incurran el falsedad...”

“ARTÍCULO 120.- Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en dos años. El requerimiento escrito de pago, hecho a la institución de fianzas, interrumpe la prescripción.”

Con motivo del Decreto del año de mil novecientos cincuenta y tres, se reformó el numeral 95 de dicha ley, para quedar como se pasa a exponer:

“ARTÍCULO 95.- Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal y

Territorios Federales, de los Estados y Municipios, se harán efectivas conforme a las siguientes reglas:

1) Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado deberá comunicarlo a la dependencia especializada de la Tesorería de la Federación, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada.

Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar a la Tesorería de la Federación, una copia de todas las pólizas que expidan a favor de la Federación. El incumplimiento de esta obligación se sancionará en los términos del artículo 110 de esta ley.

La Tesorería de la Federación procederá a requerir del pago, en forma personal a la institución deudora en su oficina matriz o en sus sucursales cuando dicha matriz se encuentre fuera del Distrito Federal, debiendo hacerse el requerimiento de manera motivada y fundada y acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad del crédito.

Tratándose del Distrito y Territorios Federales, de los Estados y los Municipios, el requerimiento de pago que se hará en los términos anteriores, lo llevarán a cabo las tesorerías locales correspondientes, y podrá hacerse mediante oficio con acuse de recibo.

En consecuencia, no surtirán efectos los requerimientos que se hagan a los agentes de las instituciones y los hechos por autoridades distintas de las tesorerías competentes de acuerdo con las disposiciones de este artículo.

En el mismo requerimiento de pago, se apercibirá a la institución de fianzas deudora, de que si dentro del plazo

de noventa días naturales, contado a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo.

La Tesorería de la Federación o las tesorerías del Distrito Federal o de los territorios federales o de los Estados y Municipios, deberán remitir a la dirección de crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, copia autógrafa del requerimiento en que conste la fecha en que fue recibido por la institución fiadora .

Dentro del plazo de noventa días naturales, señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deudora deberá comprobar ante la dirección de Crédito, que hizo el pago o que cumplió con el requisito de la regla V. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la misma Dirección de Crédito que corresponda, se rematen en bolsa valores propiedad de la Institución de Fianzas bastantes a cubrir el importe de lo reclamado.

El procedimiento de ejecución de que habla este artículo, se suspenderá cuando se compruebe que se ha presentado la demanda de que habla el artículo siguiente, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

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

a). Por pago voluntario:

b). Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa.

c). Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación que declare la improcedencia del cobro;

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

Los oficios de desistimiento de cobro necesariamente suscribirlos los tesoreros de las entidades respectivas.”

Por virtud de esta reforma, se incorpora a la ley de la materia un procedimiento de cobro específicamente aplicable a las fianzas otorgadas a favor de la Federación y de otras entidades públicas, distinto del previsto en lo general para hacer efectivas las obligaciones derivadas de las pólizas de fianza.

Aunque las disposiciones citadas sufrieron algunas reformas no substanciales en los años siguientes, no fue sino hasta mil novecientos setenta y siete que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre, se reformó la ley para introducir, entre otras, dos reglas específicas para las fianzas otorgadas a fin de garantizar créditos a favor de la Federación y entidades públicas, del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 95 bis.- En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, las instituciones de fianzas, dentro del término de treinta días naturales, señalado en el artículo anterior demandarán ante el Tribunal Fiscal de la Federación, la improcedencia del cobro.”

“ARTÍCULO 120. Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en dos años.

Las obligaciones a cargo de las instituciones de fianza, derivadas de las que otorguen para garantizar créditos fiscales a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados, de los Municipios y de los organismos

descentralizados, se extinguirán por prescripción en el término de cinco años.

En todo caso, el requerimiento escrito de pago, hecho a las instituciones de fianzas, interrumpe la prescripción."

Esta regla de prescripción, que distingue entre las fianzas en generales y aquellas otorgadas a favor de entidades públicas, fue reformada por decreto publicado el día veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, que restableció una regla única de prescripción ahora de tres años, como aparece del texto del referido numeral, que dice:

"ARTÍCULO 120. Las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en tres años. El requerimiento escrito de pago o en su caso la presentación de la demanda, interrumpen la prescripción."

Es en el año de mil novecientos ochenta y ocho, se introduce una reforma a la ley de la materia para establecer una triple distinción de las fianzas atendiendo a su beneficiario; ya no sólo se separan las fianzas otorgadas a favor de las entidades públicas de las demás, sino también se apartan de entre las primeras las que se otorgan para garantizar obligaciones fiscales de las concedidas para un género diverso de obligaciones, reservando únicamente para estas últimas el procedimiento contemplado para hacer efectivas las fianzas entonces previsto en el numeral 95, ya mencionado, que dice:

"ARTÍCULO 95 . Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas

conforme a las reglas que a continuación se señalan, 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...”

Por su parte, la redacción del numeral 120, quedó de la manera siguiente (sic, se transcribe el artículo 120 en vigor a partir del decreto del 14 de julio de 1993):

“ARTÍCULO 120.- Cuando la institución de Fianzas se hubiere 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 sui defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedará 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 liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que 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, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente”

Habida cuenta de lo transcrito, es preciso señalar que en la exposición de motivos de la iniciativa que dio lugar a esa reforma no dedica un apartado específico para razonar la introducción de la figura de la caducidad en la materia de fianzas, según puede apreciarse en la transcripción de la parte conducente...

Finalmente, mediante decreto publicado el día tres de enero de mil novecientos noventa y siete, se reformó el artículo 120 de la Ley, para quedar actualmente con la redacción siguiente:

“ARTÍCULO 120.- Cuando la institución de Fianzas se hubiere 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 sui defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedará 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 liberará por prescripción cuando

transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que 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, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente"

El estudio de la evolución legislativa en materia de fianzas, anterior a la reforma impugnada del año de mil novecientos noventa y cinco (fracción IV del artículo 67 del Código Fiscal de la Federación) y posterior a ella, revela que no es exacto que la quejosa desconozca, por novedosa, la naturaleza de la normatividad aplicable a las fianzas otorgadas a fin de garantizar créditos fiscales, pues desde el año de mil novecientos ochenta y ocho, fue clara la voluntad de la ley de excluir a esta categoría de fianzas del régimen puramente mercantil o civil aplicable a las fianzas en general y particularmente a las otorgadas por las instituciones autorizadas por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para operar habitualmente como afianzadoras.

Así, no es dable desconocer las exigencias del orden público que imponen variaciones en la normatividad de ciertas instituciones que, sin dejar de ser típicas del tráfico jurídico privado, se incorporan al régimen público poniéndose al servicio de fines distintos de los meramente particulares.

Cierto es que el contrato de fianza nace, se desarrolla y adquiere su perfil más acabado bajo los efectos de las reglas de derecho civil y de derecho mercantil y que, en tales condiciones el legislador en su momento, se encontró constreñido a normar las relaciones existentes entre el fiador y el fiado, el fiado y el beneficiario, así como entre

este y el fiado de acuerdo con los principios rectores de la relaciones entre particulares, uno de cuyos postulados básicos impone la igualdad formal de las partes, impidiendo que alguna de ellas pueda ejercer sobre la otra alguna prerrogativa que la coloque en una condición de superioridad, como ocurriría de admitirse que el beneficiario pudiera hacer efectiva por sí ante la fianza.

Sin embargo, la incorporación del contrato de fianza al régimen mercantil con la participación consecuente de instituciones constituidas ex profeso para actuar como garantes, esto es, como afianzadoras habituales, que debían hallarse sometidas al control de la autoridad hacendaria debido a que operaban bajo autorización gubernamental como sujetos del sistema financiero (intermediarios financieros se les denomina ahora), ya que su actuación implicaba el manejo de altos volúmenes de recursos monetarios, significó un reajuste en el régimen jurídico aplicable a la fianza, que dejó de ser cuestión reservada puramente al concierto de voluntades de particulares para convertirse en una cuestión de interés público.

En esta tesis se sentó el criterio adoptado por la Segunda Sala de este alto Tribunal al conocer de la acción de amparo enderezada en contra de la reforma al artículo 95 de la ley del año de mil novecientos cincuenta y tres de la que ya sea dado cuenta, por cuya virtud se estableció por primera vez un procedimiento privilegiado para el cobro de las fianzas otorgadas a favor de los entes públicos.

Siendo así, es obvio que el cobro de las fianzas otorgadas a favor de particulares es un tema de escaso interés para la comunidad en su conjunto, pero ello no acontece tratándose de la falta de cumplimiento oportuno de las obligaciones fiscales garantizadas con fianza, porque en

este último supuesto la sociedad entera se halla interesada en que se cobren las cantidades debidas al fisco sea su pago a cargo del deudor principal o del obligado en garantía.

Ahora, a propósito de la evolución histórica de las normas de la evolución de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Institución del año de mil novecientos noventa y tres al artículo 120, cuyo texto, por su interés a continuación, este estudio, se transcribe:

“ARTÍCULO 120.- Cuando la institución de Fianzas se hubiere 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 ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

Si la afianzadora se hubiera obligado por tiempo indeterminado, quedará 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 liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que 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, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente"

Con tal reforma, las fianzas reguladas por la ley citada quedaron sometidas a dos instituciones extintivas: la prescripción de tres años y la caducidad de ciento ochenta días naturales.

La caducidad, entendida como la extinción de las obligaciones nacidas del contrato de fianza, motivada por la falta de presentación oportuna ante la afianzadora de la reclamación correspondiente por parte del beneficiario para hacer exigible la obligación: y la prescripción, entendida como la extinción de la acción de cobro por falta de su ejercicio oportuno, luego de haberse hecho exigible la obligación.

De donde se advierte que la citada reforma al artículo 67, fracción IV del Código Fiscal de la Federación reclamada, el legislador instrumenta la regla de caducidad con ciertas modalidades cuando se trate de garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales, según puede comprenderse de la lectura del texto en cuestión, que para efectos de claridad se reproduce de nueva cuenta, y de otros del propio código (algunos reformados conjuntamente con aquél), que establecen la manera en que la fianza se emplea como garantía del cumplimiento de las obligaciones fiscales, (se transcriben en esta resolución los artículos 65, 66, 67 y 141 del Código Fiscal de la Federación, vigente en el año de mil novecientos noventa y seis, modificado y adicionado mediante decreto del 15 de diciembre de mil novecientos noventa y cinco).

Del Examen sistemático de estos preceptos lleva al convencimiento que, la fianza constituye una de las

formas de garantizar el interés fiscal, en aquellos casos en que las obligaciones han sido liquidadas y se ha fincado un crédito a cargo de los particulares, gracias a la cual puede obtenerse, bien la suspensión del procedimiento económico - coactivo, que llegue a tramitarse para obtener el pago a plazos o en parcialidades del susodicho crédito..."(el subrayado es del suscrito)

De las consideraciones antes transcritas, se observa que se realiza un análisis profundo de los procedimientos de exigibilidad de las fianzas, de la prescripción y caducidad y de la evolución histórica de dichos procedimientos de exigibilidad y medios de extinción antes señalados, en la que se considera la mercantilización de las fianzas de empresa, sin embargo, se sustenta el criterio de que al garantizar obligaciones fiscales la fianza de empresa, las instituciones emisoras de las mismas manejan altos volúmenes monetarios que por consecuencia son de interés público, es decir, como el suscrito lo entiende, al manejar las instituciones de fianzas mucho dinero que se le adeuda al fisco federal, es de suma importancia el recuperar el mismo, lo que conlleva finalmente a tratar la fianza de empresa como si fuera el crédito fiscal adeudado por el contribuyente directo y no simplemente una de las formas de garantizar el mismo preceptuada en la fracción III del artículo 141 del Código Fiscal de la Federación.

Concluyendo de las anteriores jurisprudencias y criterios, se desprenden las divergencias que se presentaron con las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas mediante decreto del 14 de julio de 1993, en particular con la adición y modificación al artículo 120, tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales, en las

que, en principio, se realizó en la jurisprudencia 33/96 una distinción entre los procedimientos para hacer exigibles las mismas, determinándose que las figuras de extinción contenidas en dicho precepto legal, no eran aplicables para el tipo de fianzas antes indicado, de una debida interpretación de los artículos 93, 93 Bis, 94 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, dado que la autoridad no presentaba reclamaciones, sino requerimientos de pago, ello provocaba, en si mismo, que no era aplicable la caducidad contemplada en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sin considerarse el carácter mercantil y accesorio de las fianzas para todas las partes que intervienen, características que son finalmente tomadas en cuenta en las jurisprudencias y criterios subsecuentes.

Sin embargo, a pesar de que tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales y que se hacen exigibles conforme al procedimiento administrativo de ejecución consagrado en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, dado la remisión expresa que se efectúa en este tipo de fianzas en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y que se reconoce el carácter mercantil y accesorio de la fianza de empresa, se ha determinado que por ser la recaudación de contribuciones de interés público, la extinción de dichas fianzas por prescripción y caducidad debe regirse también por lo dispuesto en el Código Tributario, es decir, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 67 y 146 de dicho ordenamiento legal y, con ello, que al hacerse exigibles las fianzas que garantizan obligaciones fiscales conforme al procedimiento establecido en el artículo 143 del Código Tributario, se desnaturalice el carácter

mercantil de la fianza; toda vez que lo que se hace efectiva es la fianza que garantiza el interés fiscal y no la obligación principal fiscal garantizada, al no ser aplicable la extinción de la obligación fiadora por caducidad y prescripción de conformidad a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino las contenidas en el Código Tributario, confundiendo la fianza de empresa que garantiza obligaciones fiscales a cargo de un tercero con el crédito fiscal.

Es decir, el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación, establece los medios y las formas de garantizar los créditos fiscales generados por los contribuyentes, señalando a la fianza expedida por una Institución debidamente autorizada para tales efectos, como uno de ellos, por lo que tenemos que, al ser la fianza de naturaleza mercantil y accesoria, es totalmente divergente de las características de un crédito fiscal y de las personas físicas y morales obligadas a cubrir los mismos, de conformidad a lo expresamente señalado en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Código Fiscal de la Federación; así al emitirse este tipo de garantía y al reclamarse de pago la misma, no se hace exigible el crédito fiscal afianzado, sino la fianza que lo garantiza que ya se reconoce como mercantil y accesorio, existiendo una ley especial que regula su emisión, exigibilidad y extinción, ley que se hace nugatoria y se supedita al presentarse esta situación, toda vez que en el caso de extinción de las fianzas, se pierde de vista que el interés público del Estado al recaudar las obligaciones fiscales de los gobernados esta salvaguardado, puesto que al extinguirse la garantía y no el crédito fiscal, éste puede ser exigido o requerido directamente al obligado principal; mismo que se encuentra sujeto, sin lugar a dudas, a

las disposiciones que consagra el Código Fiscal de la Federación.

Es importante destacar que, en el presente, no esta sujeto a discusión el interés público de la recaudación o del cobro de los impuestos con los que el Estado realiza su función para gobernar y prestar los servicios que se requieren en el país y por los gobernados, a través de los distintos entes e instituciones que se necesitan para ello, lo cual, evidentemente, es prioritario y de suma importancia. Lo que resulta materia de análisis, es el hecho de que se haya considerado a las fianzas que garantizan obligaciones fiscales como un crédito fiscal en sí mismo, en base al interés primordial y público que representa la recaudación de obligaciones fiscales a cargo de los gobernados; tan es así que se determina que dicha garantía para su extinción debe sujetarse a lo que establece el Código Fiscal de la Federación, al remitirse por el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al ordenamiento legal en principio citado, en específico, al artículo 143, para hacer exigible este tipo de garantías y, con ello, que se consideren este tipo de fianzas como créditos fiscales, dando como resultado que se desnaturalice la fianza de su mercantilidad, toda vez que al ser de interés público, se le da un tratamiento de obligado principal al garante fiscal, aplicando la normatividad especial al respecto, sin tomar en consideración que lo que se requiere de pago es la garantía y no en sí, el crédito fiscal, que subsiste y puede ser exigido al deudor principal.

No es óbice para concluir lo contrario, el hecho de que, la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas remita al Código Fiscal de la Federación para hacer exigibles las pólizas de fianza que garantizan

obligaciones fiscales, toda vez que, tal y como se mencionó en el capítulo de antecedentes históricos de la fianza mercantil, tiene sus orígenes en la garantía que otorgaban los trabajadores del estado que manejaban caudales, estableciéndose un procedimiento especial para hacer exigibles las mismas, lo que con el transcurso del tiempo y de acuerdo a la evolución de nuestro país, en todos los rubros (economía, derecho, etc.) y con ello de las fianzas, fue modificado y adicionado hasta llegar a los procedimientos establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, hoy vigentes, evolución que en el año de mil novecientos cincuenta y tres creó un procedimiento especial para que el Gobierno Federal o Local, o bien las Autoridades correspondientes de ambos ámbitos, pudieran hacer efectivas las fianzas de las que eran beneficiarias, tal y como se desprende de las consideraciones vertidas por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio sostenido para resolver el amparo en revisión 108/97 (ya transcrito), en el que realiza un análisis histórico de los procedimientos para hacer exigibles las fianzas y de la prescripción y caducidad consagradas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el que finalmente se establece que la remisión de la Ley de Fianzas al Código Fiscal de la Federación, tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales, se trata de un procedimiento privilegiado, otorgado a la autoridad por manejar las Instituciones de Fianzas con este tipo de garantías, altos volúmenes de recursos monetarios, debiendo ajustarse el régimen jurídico aplicable a la fianza, dado que la sociedad esta interesada en que se cobren las cantidades debidas al fisco, ya sea al deudor principal o al obligado en garantía; es decir, estamos ante una cuestión de interés público y con ello de derecho

público, lo que conlleva, desde el punto de vista del suscrito, la desnaturalización de la fianza mercantil al hacerse exigibles las fianzas que garantizan créditos fiscales, toda vez que, se reitera, se confunden dichas fianzas con las obligaciones fiscales que se garantizan, habida cuenta que lo que se hace exigible es la garantía del interés fiscal y no el crédito que lo constituye.

Esto es, se determina la existencia de un procedimiento privilegiado para la Autoridad Fiscal, so pretexto de que las instituciones de Fianzas manejan altos volúmenes de recursos monetarios, entendiendo tal situación como que las instituciones de fianzas manejan mucho dinero que se le adeuda al fisco, por lo que es de interés público la exigibilidad de este tipo de garantías. Así, es claro que se confunde el crédito fiscal afianzado con la póliza otorgada como garantía del mismo, otorgando a la Autoridad Fiscal, en su carácter de beneficiario de las mismas, no solo un procedimiento privilegiado para obtener el beneficio de celeridad en el pago de dichas garantías, por el uso de una vía propia de la soberanía del Estado, cuando, en estricto sentido, el Estado no interviene como autoridad, sino como beneficiario de una relación contractual, trastornando la naturaleza mercantil de este tipo de garantías, al pretender darles un doble carácter, señalando que para los particulares sí es mercantil y para el Estado lo es de derecho público, perdiendo de vista que, de ninguna manera, las obligaciones que nacen de una póliza de fianza que garantice obligaciones fiscales pueden ser un crédito fiscal, por que no se fijó de manera unilateral y con carácter de obligatorio por el Estado y, mucho menos, comprende una situación jurídica en el que se contemple un indeterminado número de personas. Tampoco se tratan

de aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos que se definen en el artículo segundo del Código Fiscal de la Federación, y mucho menos estamos ante un aprovechamiento o multa.

Por tanto, si el pago derivado de un contrato de fianza no se adecúa a ninguna de las situaciones previstas por los artículos 2º, 3º y 4º del Código Fiscal de la Federación, de forma alguna pueden considerarse a las fianzas de este tipo, como créditos fiscales; aunado a que dichos preceptos legales, de conformidad al artículo 5º quinto del Código en cuestión, son de aplicación estricta al establecer cargas a los particulares y excepciones a las mismas.

Efectivamente, los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Código Fiscal de la Federación, establecen literalmente lo siguiente:

“Artículo 1o.- Las personas físicas y las morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas. Las disposiciones de este Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de los que México sea parte. Sólo mediante ley podrá destinarse una contribución a un gasto público específico.

La Federación queda obligada a pagar contribuciones únicamente cuando las leyes lo señalen expresamente.

Los estados extranjeros, en casos de reciprocidad, no están obligados a pagar impuestos. No quedan comprendidas en esta exención las entidades o agencias pertenecientes a dichos estados.

Las personas que de conformidad con las leyes fiscales no estén obligadas a pagar contribuciones, únicamente

tendrán las otras obligaciones que establezcan en forma expresa las propias leyes.

Artículo 2o.- Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:

I. Impuestos son las contribuciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II, III y IV de este Artículo.

II. Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado.

III. Contribuciones de mejoras son las establecidas en Ley a cargo de las personas físicas y morales que se benefician de manera directa por obras públicas.

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

Cuando sean organismos descentralizados los que proporcionen la seguridad social a que hace mención la

fracción II, las contribuciones correspondientes tendrán la naturaleza de aportaciones de seguridad social.

Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del Artículo 21 de este Código son accesorios de las contribuciones y participan de la naturaleza de éstas. Siempre que en este Código se haga referencia únicamente a contribuciones no se entenderán incluidos los accesorios, con excepción de lo dispuesto en el Artículo 1o.

Artículo 3o.- Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del Artículo 21 de este Código, que se apliquen en relación con aprovechamientos, son accesorios de éstos y participan de su naturaleza.

Los aprovechamientos por concepto de multas impuestas por infracciones a las disposiciones legales o reglamentarias que no sean de carácter fiscal, podrán ser destinados a cubrir los gastos de operación e inversión de las dependencias encargadas de aplicar o vigilar el cumplimiento de las disposiciones cuya infracción dio lugar a la imposición de la multa, cuando dicho destino específico así lo establezcan las disposiciones jurídicas aplicables.

Son productos las contraprestaciones por los servicios que preste el Estado en sus funciones de derecho privado, así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado.

Artículo 4o.- Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que

provenzan de contribuciones, de sus accesorios o de aprovechamientos, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus funcionarios o empleados o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

La recaudación proveniente de todos los ingresos de la Federación, aun cuando se destinen a un fin específico, se hará por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por las oficinas que dicha Secretaría autorice.

Para efectos del párrafo anterior, las autoridades que remitan créditos fiscales al Servicio de Administración Tributaria para su cobro, deberán cumplir con los requisitos que mediante reglas de carácter general establezca dicho órgano.

Artículo 4o.-A.- Los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros cuya recaudación y cobro sea solicitado a México, de conformidad con los tratados internacionales sobre asistencia mutua en el cobro de los que México sea parte, les serán aplicables las disposiciones de este Código referentes a la notificación y ejecución de los créditos fiscales.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público o las oficinas que ésta autorice recaudarán, de conformidad con los tratados internacionales antes señalados, los impuestos y sus accesorios exigibles por los Estados extranjeros.

Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal."

De estos preceptos, se aprecia claramente que consagran la obligación de las personas físicas y morales de contribuir al gasto público y las excepciones para ello, así como la clasificación de las contribuciones y sus definiciones, en las que, de forma alguna, se menciona o se puede considerar que se determine a la fianza de empresa que garantiza obligaciones fiscales, como un crédito fiscal.

Asimismo, las Instituciones de Fianzas no manejan ni tienen en su poder el dinero que se le adeuda al fisco por los obligados directos, toda vez que simplemente son garantes del interés fiscal, mediante la expedición de pólizas, autorizados para tal efecto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, constituyéndose como Sociedades Mercantiles de acuerdo a la legislación aplicable al respecto, dado que la expedición de la póliza en cuestión, es a título oneroso; es decir, se cobra una prima que se calcula en base al monto total de las obligaciones a garantizar por dicho medio, a la que se suman los gastos de expedición y el Impuesto al Valor Agregado, lo que conlleva a que, de ninguna forma, para expedirse una fianza, se requiere o es necesario que el solicitante o fiado entregue a la compañía el total de la suma afianzada o que se garantiza de pago en la póliza, toda vez que dicha situación, dejaría sin razón la existencia y actividad de las Instituciones de Fianzas, que es garantizar el pago de las obligaciones

de otros consignadas en la póliza emitida, mediante el cobro de dicho servicio (prima) teniendo como beneficio los solicitantes o fiados, el de no tener que entregar o desprenderse, en una sola exhibición, del total de la cantidad adeudada al fisco; por su parte, las Autoridades Fiscales tienen amparado por este medio el pago de los adeudos fiscales de los contribuyentes directamente obligados, contando con un procedimiento privilegiado para hacer efectivas éstas, el cual, de forma alguna, puede o debe hacer nugatoria la forma de extinción de las fianzas establecidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, aún cuando las pólizas garanticen créditos fiscales, toda vez que con ello se desnaturaliza la mercantilidad de las mismas.

Por otra parte, de conformidad a lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dicho ordenamiento legal es de interés público, estableciendo que la fianza es mercantil para todas las partes que intervengan, ésto implica que una obligación contractual que se rige por el derecho privado y que también es considerada de interés público, no puede ser transformada en un crédito fiscal, sin desnaturalizar las instituciones jurídicas y los principios generales de derecho que la rigen, situación que se presenta al considerarse que, el remitirse por la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas al Código Fiscal de la Federación, para hacer exigibles las pólizas que garanticen créditos fiscales, es aplicable únicamente el último ordenamiento legal antes señalado; sobre todo, si se toma en consideración que **“...las facultades otorgadas por nuestra Constitución al Legislador Ordinario para dictar normas sobre las constituciones jurídicas establecidas y cuya existencia supone al legislador constituyente, no abarcan las de trastornar la naturaleza**

de dichas instituciones, esto es, la facultad de desnaturalizarlas, ni las de sustituir por otros sus elementos esenciales...” tal y como lo considero en su momento la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en los criterios que a continuación se transcriben :

No. Registro: 316,124

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Quinta Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXIX

Tesis:

Página: 136

“ FIANZA, ORIGINA CREDITO MERCANTIL Y NO FISCAL.

El argumento esencial consistente en que el legislador está en aptitud de dictar normas que transformen una obligación mercantil en crédito fiscal, como en el caso, en que se trata del pago de una fianza cuyo beneficiario es el Estado, sin que éste prive de defensa a la Compañía Afianzadora. El argumento anterior no es suficiente para sostener la constitucionalidad de los preceptos legales reclamados y decretos de 26 de diciembre de 1953. En primer lugar, porque las recurrentes no indican, salvo su deseo pragmático de obtener el beneficio unilateral de la celeridad en el pago por el uso de una vía propia de la soberanía del Estado, qué motivos jurídicos son los que han de prevalecer para hacer que las fianzas otorgadas a favor del Estado deban de hacerse efectivas en una vía privilegiada, cuando en tales casos el propio Estado no interviene como autoridad, sino como mero beneficiario de una pura relación contractual. En segundo lugar, porque las facultades otorgadas por la Constitución al legislador ordinario para dictar norma sobre las constituciones

jurídicas establecidas y cuya existencia supone al legislador constituyente, no abarcan las de trastornar la naturaleza de dichas instituciones, esto es, la facultad de desnaturalizarlas, ni las de sustituir por otros sus elementos esenciales. Acontece que mediante una simple declaración legislativa se pretende cambiar una obligación contractual de naturaleza mercantil en un crédito fiscal, lo cual contraría nuestro pacto fundamental, que sólo autoriza al H. Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio, es decir, para la promulgación de leyes encaminadas al mejor régimen normativo de los actos, problemas o situaciones de tal naturaleza; pero no para cambiar la esencia jurídica de los actos, ni para darles un doble carácter reconociendo que para los particulares sean de derecho privado y declarando que para el Estado lo son de derecho público, pues nuestra Carta Magna reserva al legislador constituyente esta clase de facultades tan trascendentales, y como estamos en un régimen de facultades expresas, es claro que al no estar consignadas en la Constitución para el legislador ordinario, el mismo no puede irrogárselas. En tercer lugar es de advertirse que nos encontramos en presencia de una obligación puramente contractual, que por su esencia y naturaleza jurídica repugna y excluye los caracteres que identifican al crédito fiscal. El que nace de un contrato de fianzas no puede ser un impuesto, porque no ha sido fijado unilateralmente y con carácter de obligatorio por el Estado, y menos comprende una situación jurídica en la que se encuentre un indeterminado número de personas. Tampoco es un derecho en los términos del artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación, pues no es la contraprestación requerida por el Poder Público en pago de servicios administrativos prestados por él. No se está en presencia de un producto, porque tampoco es un ingreso que percibe el Estado por actividades que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de derecho público o

por la explotación de sus bienes ni menos se trata de algún ingreso ordinario del Erario Federal no clasificable como impuesto, derecho o producto, ni se trata de algún rezago o multa. Por tanto, si el pago derivado de un contrato de fianza no cae en ninguna de las situaciones previstas por los cinco primeros artículos del citado Código Fiscal de la Federación, y, si por otra parte, como convienen las recurrentes en sus agravios, de acuerdo con los artículos 12 y 113 de la Ley de Instituciones de Fianzas todo lo relativo a contrato de fianzas es mercantil para todos los que intervengan como beneficiarios, solicitantes, fiados, contrafiadores u obligados solidarios, debe concluirse que nunca una obligación contractual que se rige por el derecho privado puede ser transformada en crédito fiscal sin desnaturalizar las instituciones jurídicas y los principios generales del derecho, además de que, como ya se dijo, para esto las autoridades no tienen facultades constitucionales, toda vez que nuestra Constitución se funda precisamente en esos principios generales de derecho y los acepta, así como sus instituciones, al mencionarlas en su articulado sin hacer una definición de las mismas cambiando o tratando de variar alguno de sus elementos. En cuarto lugar cabe advertir que las reformas señaladas implican una censurable pretensión de invalidez por órganos subordinados del Ejecutivo Federal, como la Secretaría de Hacienda y sus dependencias, la soberanía de los Estados, al intentar sustraer de la jurisdicción rígida marcada por la Constitución, asuntos de naturaleza mercantil, cuando se trata de fianzas otorgadas a favor de alguna autoridad estatal, ya que sujetan a las autoridades de los Estados a la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Federación, el cual por ser un órgano administrativo que forma parte del Poder Ejecutivo Federal, no tiene competencia para resolver asuntos que de acuerdo con las Constitución General de la República y particulares de los Estados, deben ser resueltos por el Poder Judicial. Por lo que se

refiere a que ante el Tribunal Fiscal de la Federación se pueden hacer valer todos los elementos de defensa tendientes a atacar la exigibilidad, aumento y existencia del crédito que se cobra, cabe advertir que lo anterior no está expresamente dispuesto ni en los artículos reformados de la Ley de Instituciones de Fianzas, ni en la fracción VIII del artículo 160 del Código Fiscal de la Federación; aparte de que no hay que olvidar que el mencionado Tribunal Fiscal de la Federación es simplemente un Tribunal de anulación y no de plena jurisdicción, por lo que se encontraría impedido para resolver de todas las situaciones que se le presentaran, ya que su función sólo debe limitarse a declaraciones de nulidad.

Amparo en revisión 6052/55. Compañía de Fianzas México, S. A. 16 de julio de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Franco Carreño."

No. Registro: 315,852

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Quinta Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXXI

Tesis:

Página: 176

" LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. ANTICONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 95, 95 BIS, Y 130 DE LA.

Los citados preceptos son anticonstitucionales porque cambian la naturaleza mercantil de las obligaciones derivadas de un contrato de fianza convirtiéndolas en créditos a favor del Estado y el legislador ordinario carece de facultades para modificar las instituciones jurídicas establecidas y cuya existencia supuso el constituyente al admitirlas en nuestra Carta Magna, porque se está en

presencia de una obligación puramente contractual que por su esencia y naturaleza jurídicas repugna y excluye los caracteres que identifican el crédito fiscal; porque además los aludidos dispositivos legales al quitar competencia a los Tribunales residentes en las jurisdicciones de cada Estado para conocer de los juicios a que den lugar las obligaciones derivadas de un contrato de fianza, implica una invasión a la soberanía de dichos Estados.

Amparo en revisión 6327/55. Cía. de Fianzas de México, S. A. 25 de enero de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Franco Carreño.

Amparo en revisión 6454/55. Cía. de Fianzas México, S. A. 11 de mayo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 6329/55. Cía. de Fianzas México, S. A. 11 de mayo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 5639/55. Cía. de Fianzas México, S. A. 11 de mayo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 6124/54. Cía. de Fianzas México, S. A. 10 de mayo de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Franco Carreño.

Amparo en revisión 4752/54. Cía. de Fianzas México, S. A. 10 de mayo de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Franco Carreño.

Amparo en revisión 4458/54. Cía. de Fianzas de México, S. A. 7 de mayo de 1956. Unanimidad cinco votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos.

Nota: Esta tesis integra la jurisprudencia publicada en la página 26, Segunda Sala, del Informe de Labores correspondiente a 1956"

De los anteriores criterios, se aprecia que las obligaciones que surgen de una fianza que ampara obligaciones fiscales a cargo de los

obligados directos, no pueden considerarse como créditos fiscales a favor del erario público, dado que se trata de un contrato de afianzamiento que es mercantil, que fue celebrado entre el solicitante fiado y la Institución Afianzadora, en el que interviene el Estado o la Autoridad Fiscal como beneficiario, pudiendo aceptar o rechazar la garantía, lo que de forma alguna puede considerarse como un crédito fiscal al repugnar y excluir las características de los mismos; es decir, la fianza que ampara los créditos fiscales no se puede considerar como tal, por el hecho de que no es una de las obligaciones a cargo de la Institución de Fianzas como contribuyente a que se refieren los artículos segundo, tercero y cuarto del Código Fiscal de la Federación, sino lisa y llanamente una garantía del interés fiscal contemplada en la fracción tercera del artículo 141 del Código Tributario, de la cual por la emisión, venta o lucro que obtengan las afianzadoras, si están obligadas a cubrir los impuestos que se determinan en los referidos artículos del Código Fiscal de la Federación, es decir, por los beneficios obtenidos por su operación en la expedición de cualquier rubro de fianza, debe cubrir sin lugar a dudas los impuestos correspondientes a los que esté obligada conforme al ordenamiento específico, en su carácter de contribuyente, pero, de ninguna forma, como garante del interés fiscal está obligada directamente a cubrir los que ampara mediante las pólizas que emite, puesto que, para tal efecto, existe un procedimiento privilegiado establecido en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, el que permite a la autoridad hacer efectivas las garantías al establecer literalmente dicho precepto legal en sus partes conducentes lo siguiente:

Artículo 143.- Las garantías constituidas para asegurar el interés fiscal a que se refieren las fracciones II, IV y V del Artículo 141 de este Código, se harán efectivas a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Si la garantía consiste en depósito de dinero en institución nacional de crédito autorizada, una vez que el crédito fiscal quede firme se ordenará su aplicación por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tratándose de fianza a favor de la Federación, otorgada para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse exigible, se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución con las siguientes modalidades:

a) La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad. Para ello la afianzadora designará, en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, un apoderado para recibir requerimientos de pago y el domicilio para dicho efecto, debiendo informar de los cambios que se produzcan dentro de los quince días siguientes al en que ocurran. La citada información se proporcionará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que se publicará en el Diario Oficial de la Federación para conocimiento de las autoridades ejecutoras. Se notificará el requerimiento por estrados en las regiones donde no se haga alguno de los señalamientos mencionados.

b) Si no se paga dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la propia ejecutora ordenará a la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que remate, en bolsa, valores propiedad de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado, y le envíe de inmediato su producto.

En el caso de que las instituciones de fianzas interpongan medios de defensa en contra del requerimiento de pago y no obtengan resolución favorable, las cantidades garantizadas deberán pagarse actualizadas por el periodo comprendido entre la fecha en que se debió efectuar el pago y la fecha en que se paguen dichas cantidades. Asimismo, causarán recargos por concepto de indemnización al fisco federal por falta de pago oportuno, mismos que se calcularán sobre las cantidades garantizadas actualizadas por el periodo mencionado con anterioridad, aplicando la tasa que resulte de sumar las aplicables en cada año para cada uno de los meses transcurridos en el periodo de actualización citado. La tasa de recargos para cada uno de los meses del periodo mencionado, será la que resulte de incrementar en 50% a la que mediante Ley fije anualmente el Congreso de la Unión, y se causarán por cada mes o fracción que transcurra a partir de que debió hacerse el pago y hasta que el mismo se efectúe. Los recargos mencionados se causarán hasta por 5 años.” (el subrayado es del suscrito)

Efectivamente, de la transcripción del precepto en cuestión, se aprecia claramente que en el mismo se faculta a la autoridad a requerir de pago las garantías del interés fiscal, entre las que se encuentra la fianza, a pesar de que en la parte relativa a esta garantía se indica que se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución, el cual se consagra a partir del artículo 145 del Código en comento, dicho artículo expresamente señala lo siguiente:

Artículo 145. Las autoridades fiscales exigirán el pago de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la Ley, mediante procedimiento administrativo de ejecución.

Se podrá practicar embargo precautorio, sobre los bienes o la negociación del contribuyente, para asegurar el interés fiscal, cuando el crédito fiscal no sea exigible pero haya sido determinado por el contribuyente o por la autoridad en el ejercicio de sus facultades de comprobación, cuando a juicio de ésta exista peligro inminente de que el obligado realice cualquier maniobra tendiente a evadir su cumplimiento. En este caso, la autoridad trará el embargo.

La autoridad que practique el embargo precautorio levantará acta circunstanciada en la que precise las razones del embargo.

La autoridad requerirá al obligado para que dentro del término de 10 días desvirtúe el monto por el que se realizó el embargo. El embargo quedará sin efecto cuando el contribuyente cumpla con el requerimiento. Transcurrido el plazo antes señalado, sin que el obligado hubiera desvirtuado el monto del embargo precautorio, éste quedará firme.

El embargo precautorio practicado antes de la fecha en que el crédito fiscal sea exigible, se convertirá en definitivo al momento de la exigibilidad de dicho crédito fiscal y se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución.

Si el particular garantiza el interés fiscal en los términos del artículo 141 de este Código, se levantará el embargo.

Son aplicables al embargo precautorio a que se refiere este artículo y al previsto por el artículo 41, fracción II de este Código, las disposiciones establecidas para el embargo y para la intervención en el procedimiento administrativo de ejecución que, conforme a su naturaleza, le sean aplicables.
(el subrayado es del suscrito)

De lo anterior, tenemos que el procedimiento administrativo de ejecución, se inicia por la autoridad para exigir el pago de los créditos

fiscales que no hubiesen sido cubiertos o garantizados, pudiendo embargar los bienes que fueran necesarios al obligado directo o contribuyente, pudiendo levantarse el embargo si el crédito fiscal es garantizado por alguna de las formas que indica el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación.

Procedimiento administrativo de ejecución que, de acuerdo a lo antes transcrito, se lleva acabo únicamente para exigir el pago de créditos fiscales que no fueran cubiertos o garantizados y que, de forma alguna, tiene congruencia con lo que se establece en el artículo 143 respecto de la fianza, toda vez que en el último precepto legal antes señalado, se indican las modalidades para hacer exigibles las fianzas y el procedimiento a seguir ante la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para el caso de que las instituciones garantes no cumplan con su obligación fiadora en los plazos establecidos; o bien, no acrediten haberse inconformado en contra de la exigibilidad de sus fianzas, para que se le rematen valores de su propiedad bastantes para cubrir el importe de lo requerido de pago. Sin embargo, pese a que el aludido artículo 143 señala que tratándose de la exigibilidad de fianzas, se debe aplicar el procedimiento administrativo de ejecución considerado a partir del artículo 145 en adelante, en ninguna parte de dicho precepto o en los subsecuentes, se establece ningún supuesto para hacer exigible el cobro de fianzas, únicamente contempla la exigibilidad de los créditos fiscales no cubiertos, o bien no garantizados, tan es así, que faculta a la Autoridad Fiscal que, de garantizarse el crédito fiscal, el embargo efectuado puede levantarse; por lo que, se insiste, con dicha remisión del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas al Código

Fiscal de la Federación, en lo particular el artículo 143, que a su vez indica la aplicabilidad del procedimiento administrativo de ejecución consagrado a partir del artículo 145, que determina única y exclusivamente, la exigibilidad de créditos fiscales no cubiertos o no garantizados; tenemos que, el Código Fiscal de la Federación, únicamente en su artículo 143, establece un procedimiento privilegiado otorgado a la Autoridad Fiscal para hacer efectivas las fianzas en las que es beneficiaria, sin que dicho procedimiento privilegiado, establezca que no sean aplicables las figuras de extinción contempladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como se considera por la remisión que se hace en la Ley de Fianzas para su cobro al Código Fiscal de la Federación, al no establecerse de forma clara y precisa tal situación.

Esto es, tal y como se puede apreciar, el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se encuentra inmerso en el capítulo IV Procedimientos Especiales, en el que se establecen los diversos procedimientos para hacer exigibles las fianzas que emitan las instituciones autorizadas para tal efecto.

Por su parte, el artículo 143 del Código Fiscal Federación, se encuentra contenido en el capítulo II De las Notificaciones y la Garantía de Interés Fiscal, en el que tampoco se determina que las figuras de extinción consagradas en dicho ordenamiento legal sean únicamente las aplicables para las fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, o bien, que señale expresamente que las contempladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no son aplicables; es decir, únicamente se establece en el precepto legal en

cuestión, las modalidades especiales para hacer efectiva una póliza de fianza otorgada como garantía del interés fiscal, lo que conlleva que, al ser las fianzas un contrato de naturaleza mercantil y accesoria, son plenamente aplicables las formas de extinción que preceptúa la Ley Federal de Instituciones de Fianzas al no establecerse expresamente en la Ley Especial o en el Código Fiscal de la Federación tal hecho.

Más aún, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación, en ninguna parte señalan que el primero de los ordenamientos legales señalados este supeditado al segundo, asimismo, el Código Fiscal de la Federación no establece su supremacía sobre cualquier otra ley federal sea cual sea la materia que rijan; aunado que en la pirámide de jerarquías de nuestras leyes, tampoco se considera que una ley federal este por encima de cualquier otro ordenamiento federal, ya que los mismos fueron emitidos expresamente para regular las materias para las cuales fueron creadas. Pese a ello, al hacer nugatorias las figuras de extinción que contempla la Ley de Fianzas, tratándose de las pólizas que garantizan obligaciones fiscales, debiendo aplicarse únicamente lo que el Código Fiscal de la Federación prevé, tenemos que se considera la fianza que garantiza obligaciones fiscales como un crédito fiscal, y como consecuencia de ello, la desnaturalización mercantil de las fianzas de empresa.

Ahora bien, al otorgarse un procedimiento privilegiado a la Autoridad Tributaria para hacer exigibles las fianzas en que es beneficiaria, le provee de un tratamiento especial que no tienen los demás garantes del interés fiscal, así como los demás beneficiarios de

los otros tipos de fianza, lo que representa una suerte de castigo para las Instituciones de Fianzas por el solo hecho de manejar muchos recursos y ser de acreditada solvencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y que se justifica con el hecho de que la autoridad Fiscal, requiere del mismo para obtener de una manera más ágil y expedita los recursos necesarios que permitan otorgar a los gobernados los servicios y asistencia que necesitan, a través de la recaudación de los impuestos y derechos en las que se considera también el cobro de las garantías del interés fiscal; dejando de observar que lo que se hace efectivo es uno de los medios de garantía del interés tributario y no propiamente la obligación fiscal en sí mismo. Dicha situación (procedimiento privilegiado) ha provocado que la Autoridad Fiscal no cumpla cabal y debidamente con su obligación prioritaria de recaudación, e incluso, aprovechando el interés público de su función, logró que se le de el mismo tratamiento de un crédito fiscal a la fianza, evitando así que operen las figuras de extinción establecidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, aplicando únicamente los medios de extinción para las mismas que consagra el Código Fiscal de la Federación; y con ello, que los términos para requerir de pago las fianzas se extiendan a los plazos que se establecen para las obligaciones fiscales, obteniendo un beneficio inusitado la Autoridad Fiscal, toda vez que no solo tiene sujeto al obligado principal a lo que dispone el Código Fiscal de la Federación, sino también a la institución afianzadora, confundiendo y convirtiendo la fianza en una obligación solidaria, que es otra de las formas de garantizar los créditos fiscales a que se refiere el artículo 141 del ordenamiento legal antes referido.

Esto es, la Autoridad Fiscal, valiéndose del interés público y prioritario que representa su función recaudatoria, ha provocado que se confunda la póliza de fianza que garantiza obligaciones fiscales a cargo de terceros, con los créditos fiscales en si mismos, no siendo aplicable en este caso la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino únicamente el Código Fiscal de la Federación y, con ello, que esta figura de garantía del interés fiscal, se convierta en una obligación solidaria, que también se trata de una de la formas de garantizar las obligaciones fiscales que señala el artículo 141 del Código Tributario, dado que al hacerse inaplicables las figuras de extinción consagradas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, siendo aplicables las formas de extinción que señala el Código Fiscal de la Federación, la naturaleza mercantil de la fianza, es desvirtuada, al sujetarse la fianza al término de cinco años para que caduquen o prescriban los derechos o las acciones de la autoridad para fijar en cantidad líquida los adeudos fiscales de los obligados directos o para requerir de pago los créditos a su cargo; por lo que, se insiste, se considera a la fianza como un crédito fiscal, además de que se transforma dicha garantía en una obligación solidaria, con la única diferencia, que tan solo puede hacerse efectiva la primera de las garantías hasta por el monto total indicado en la misma y por las obligaciones expresamente señaladas en su texto.

Efectivamente, la obligación solidaria a que se refiere el Código Fiscal de la Federación en su artículo 141 fracción IV, que se consagra en el artículo 26 de dicho código, tiene como característica que, quien la asume, está obligado a responder del interés fiscal como si fuese el obligado directo, por lo tanto, es plenamente aplicable el Código

referido; lo que no debe suceder con la fianza de empresa, toda vez que por su naturaleza mercantil, evidentemente debe sujetarse a lo que disponga la ley reglamentaria que es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sin importar que las obligaciones que garantice sean fiscales, habida cuenta que la accesoriedad de la misma está sujeta, únicamente, a que la obligación que garantiza sea válida y líquida; es decir, en el caso que nos ocupa, que se trate de una obligación a cargo de contribuyente, ya sea calculada por este mismo o bien por la autoridad fiscal en ejercicio de sus facultades de revisión, a pesar de que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y exclusión, dichas características no deben considerarse como una facultad de las autoridades para requerir directamente las obligaciones garantizadas en ellas, a la institución otorgante como si fuera el deudor u obligado principal, toda vez que la situación en comento, está dirigida únicamente a hacerse efectiva la garantía a la afianzadora, sin tener el beneficiario que requerir las obligaciones afianzadas primeramente al obligado directo; toda vez que, de considerarse lo contrario, es evidente que se confunde que lo que se hace exigible es la garantía otorgada y no la obligación afianzada, siendo uno de los requisitos indispensables para tal efecto que sea exigible, situación que tratándose de créditos fiscales, se presenta en el momento en que la Autoridad Fiscal ha determinado a cargo de los contribuyentes, obligaciones no cubiertas por estos, o bien, cuando de forma unilateral dichos obligados así lo hacen del conocimiento del Fisco Federal, solicitando el pago de los mismos en parcialidades, quien puede autorizar o no dicho pago diferido, o en su caso, ejecutar mediante el procedimiento administrativo de ejecución contemplado a partir del artículo 145 del Código Fiscal de la Federación, todas las acciones que

se establecen para salvaguardar el interés fiscal o bien para cobrar el mismo.

Por ello y a pesar de que la autoridad cuente con un procedimiento privilegiado para requerir el pago de las garantías otorgadas en pólizas de fianza, que son mercantiles para todas las partes que intervienen, ya sea como fiados, beneficiarios o afianzadoras, esto de ninguna manera implica que su naturaleza mercantil desaparezca por causa de interés público, o en relación a las obligaciones que se garantizan, dado que en el caso en concreto de no poder hacer exigible la autoridad la garantía otorgada por el obligado principal, válidamente puede hacer exigible las obligaciones fiscales a cargo de este, es decir, directamente al contribuyente, salvaguardando el multicitado interés público que viene inmerso con estas obligaciones; pese a ello, la Autoridad Fiscal con este privilegio inusitado y dado la especial regulación y autorización que tienen las Afianzadoras para poder operar, pretende, por la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas tratándose de las que garantizan obligaciones fiscales, darles el carácter de créditos fiscales a este tipo de garantías, para obtener, en su momento, una duplicidad de obligados directos de los intereses fiscales, el contribuyente obligado a cubrir las mismas, y la Institución Afianzadora que haya garantizado estas, al darles el mismo carácter y sujetarlos a lo que dispone en su totalidad el Código Fiscal de la Federación.

Es decir, es del conocimiento público la problemática y dificultad que tiene el Fisco Federal para realizar su labor recaudatoria, entre otros factores, la ilocalización de los contribuyentes directos por

diversas causas (cambios de domicilio, liquidación de las empresas, evasión fiscal, etc.); y con ello, que el proceso de cobro o recaudación sea lento y muy complicado de llevarse a cabo; por lo que al tener perfectamente localizados o cautivos a las Instituciones de Fianzas, la Autoridad Fiscal pretende que se les de el trato de contribuyentes u obligados solidarios por las pólizas que emiten al respecto y, de esta forma, llevar a cabo y cumplir primordialmente con su labor de recaudación; es decir, de una manera por demás cómoda, al ser la recaudación de impuestos de interés público, otorgándose por los obligados directos garantías de los créditos fiscales que adeudan en los casos que así se indica, es mejor darle el tratamiento de crédito fiscal a la garantía otorgada mediante póliza de fianza, dejándose de considerar que lo que se hace efectiva es la garantía del crédito fiscal y no propiamente el crédito en sí mismo y que, de extinguirse dicha forma de amparar los créditos fiscales, pueden ser exigidos directamente al obligado principal e, incluso, el hecho de que se asimile a las fianzas como créditos fiscales y se sujeten a lo que dispone el Código Fiscal de la Federación, tiene como consecuencia que en los casos que transcurran los cinco años para que prescriba el interés fiscal, no solo se libera el obligado principal o contribuyente, sino también el garante.

Por lo anterior, tenemos que, de no confundirse las fianzas con las obligaciones fiscales que garantizan, siendo aplicable al respecto totalmente y sin cortapisas la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Autoridad Fiscal cumpliría con su labor de recaudación de forma más ágil, toda vez que contrariamente a lo que sostiene y de conformidad al interés público de tal función, este tipo de fianzas

deben requerirse de pago en un término de 180 días o de tres años, según sea el caso, contados a partir de que las obligaciones fiscales que garantizan sean exigibles, evitando así que operen la caducidad y prescripción contempladas en el artículo 120 del mismo ordenamiento legal; esto es, si bien es cierto que los plazos de extinción por el solo transcurso del tiempo contenidos en la Ley de Fianzas son menores a los que establece el Código Tributario, no menos cierto es que ello provocaría que la Autoridad Fiscal en los casos procedentes, requiriera de pago dentro de dichos términos las garantías de las que es beneficiaria y, con ello, que cumpliera a cabalidad con la función de recaudación que tiene a su cargo, por lo menos tratándose de las garantías otorgadas mediante póliza a su favor y, en el supuesto de que por cualquier situación administrativa, error humano o situación interna, la fianza no pueda ser exigida a la institución afianzadora, cuenta con el tiempo suficiente para requerir el pago de las contribuciones adeudadas directamente al obligado principal.

Por otra parte, es importante señalar, que también es responsabilidad de las Instituciones de Fianzas la desnaturalización mercantil de la pólizas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, toda vez que al consentir el que la Autoridad Fiscal tenga un procedimiento privilegiado para hacer efectivas estas garantías, sin que por lo menos se estableciera expresamente en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o en el Código Fiscal de la Federación, que las formas de extinción de este tipo de fianzas están reguladas por la primera de la leyes mencionadas, contribuyeron en tal hecho, provocando que, como se mencionó anteriormente, la fianza de empresa tenga una dualidad de interés público y particular,

dependiendo del beneficiario de la misma.

Asimismo, el hecho de que las Instituciones de Fianzas permitieran o bien, no señalaran que no era correcta la adición de la caducidad de 180 días en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como un medio de extinción de la obligación fiadora, dado que es de reconocido derecho que en materia procesal, la caducidad es la pérdida de la acción o de la instancia por el solo transcurso del tiempo, es decir, el derecho de la autoridad fiscal a ejercer el procedimiento privilegiado consagrado en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, pudiendo ejercer el procedimiento de exigibilidad establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, propicio tal situación, dado que desde el punto de vista del suscrito, tal adición debió efectuarse en el artículo 95 de la Ley de Fianzas estableciendo que la autoridad fiscal de no presentar su requerimiento de pago en el plazo de 180 días a partir de que la obligación garantizada era exigible, tenía como consecuencia la caducidad para ejercer tal procedimiento privilegiado, pudiendo presentar su reclamación de pago a la afianzadora en los términos señalados en el artículo 93 aludido, y no la extinción de la obligación fiadora en un término mucho menor al de tres años que se establece por prescripción.

Ahora bien, es menester reiterar que la discusión quedó sanjada en virtud de las contradicciones de tesis ya referidas y, por ende, a menos de que exista o se de una reforma a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en la que se indique expresamente que las formas de extinción contenidas en ella, son plenamente aplicables a la

totalidad de las fianzas emitidas por las Instituciones autorizadas, sin importar las obligaciones garantizadas y los beneficiarios de las mismas, estamos en presencia de cosa juzgada, o en términos ordinarios, prueba superada.

Nada más remoto a la realidad que en el presente se establezca una crítica a las Salas de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, por las resoluciones que se emitieron a la problemática que en su momento fue planteada por la Autoridad Fiscal y por las Instituciones de Fianzas, toda vez como se ha mencionado en el presente capítulo, la Autoridad Fiscal, valiéndose del interés público y primordial que representa su labor de recaudación para la Nación, consiguió que la fianza de empresa que garantiza obligaciones fiscales, se le de el tratamiento de crédito fiscal en lo que hace a las formas de extinción de éstas, pero no deja de ser representativo que la Segunda Sala de nuestro máximo Tribunal, en el año de mil novecientos cincuenta y tres, haya determinado como inequitativo a este procedimiento especial y privilegiado, y que, lamentablemente, por la falta de capacidad histórica de la Autoridad Fiscal para cumplir con parte de sus funciones vitales, para la cual fue creada, en específico la de fiscalización y recaudación, el legislador haya tenido que suplir o subsanar tal incapacidad perdiendo de vista las razones por las cuales nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, había declarado la inconstitucionalidad de tales beneficios para la Autoridad Tributaria y que, actualmente, se justifican con el multicitado y supremo interés público, lo que haría necesario una reforma que así lo diga y, entonces, tendríamos la justificación legal de tal dicotomía.

Lo anterior se corrobora al realizarse una cronología muy simple de la evolución del procedimiento privilegiado para hacer efectivas las fianzas que garantizan obligaciones fiscales y del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, con los antecedentes señalados en el capítulo segundo del presente y de los considerados por la Primera Sala en el amparo en revisión 108/97. Así, tenemos que antes del año de mil novecientos cincuenta y tres, el mismo no existía (no olvidar como su antecedente el procedimiento especial para hacer exigibles las fianzas que garantizaban el buen manejo del erario público por los trabajadores del Estado), la Autoridad Fiscal requería de pago estas garantías demandando a las afianzadoras ante los Tribunales Federales. Es precisamente en dicho año, que el procedimiento en cuestión se adiciona a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 95, que facultó a las Autoridades Locales o Federales (incluyendo las fiscales) a requerir o reclamar el pago de las pólizas de las que eran beneficiarios directamente a las afianzadoras y, a su vez, a estas, de impugnar los requerimientos ante el actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo que finalmente motivo que la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal, decretara la inconstitucionalidad aludida.

Posteriormente, en el año de mil novecientos setenta y siete, la prescripción de dos años que preceptuaba el artículo 120 de la Ley reglamentaria, se adiciona realizando una distinción tratándose de las fianzas que garantizan créditos fiscales, la cual operaba a los cinco años; sin embargo dicho precepto es modificado al año siguiente, es decir en mil novecientos setenta y ocho, generalizando el término de prescripción a tres años, sin realizarse distinción alguna con relación a

las obligaciones garantizadas en las pólizas o sus beneficiarios.

Es hasta el año de mil novecientos ochenta y ocho, en el que se reforman y adicionan los artículos 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, en la que encontramos en forma específica el procedimiento privilegiado otorgado a la Autoridad Fiscal para hacer efectivas las Fianzas de las que es beneficiaria y, pese ello, eran aplicables plenamente las formas de extinción señaladas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Hasta que en junio de 1993, se adiciona al artículo 120 de dicha ley, la caducidad de 180 días para que los beneficiarios pudieran ejercer sus derechos para hacer efectivas las fianzas otorgadas a su favor; adición que de acuerdo al punto de vista del suscrito, tenía como objetivo en el caso de las fianzas materia de este estudio, que la Autoridad Fiscal mejorara su labor de recaudación, haciendo efectivas las garantías correspondientes y si sus requerimientos de pago de las mismas, por cualquier razón, no era procedentes, ejercer las facultades que le otorga el Código Fiscal de la Federación, directamente en contra del obligado principal.

De ahí que con esta simple cronología, se puede determinar que lamentablemente la Autoridad Fiscal no ha podido superar sus deficiencias para llevar a cabo debidamente sus funciones de fiscalización y recaudación, teniendo que recurrir en diversas ocasiones al poder legislativo para subsanar esta situación que, finalmente, provoca la desnaturalización de la mercantilidad de este tipo de garantías, al sujetarlas a la prescripción y caducidad que

contempla el Código Fiscal de la Federación; a pesar de que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o en su caso el Código Fiscal de la Federación, no señalen expresamente que son aplicables las formas de extinción contenidas en el segundo de los ordenamientos legales señalados, o bien que no se indique en ninguno de ellos cual esta supeditado, y mucho menos, cuando de conformidad a nuestra pirámide de supremacía de Leyes, no encontramos que una Ley Federal deba prevalecer por encima de otra, ya que, se insiste, cada uno de los ordenamientos en comento fueron creados específicamente para regular su materia.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Las fianzas expedidas por Instituciones Autorizadas son mercantiles para todas las partes que intervengan, sean solicitantes o beneficiarios de las mismas; sin importar las obligaciones que se garanticen en las mismas, ya sean de derecho público o privado, siendo su accesoriadad, una de sus características esenciales, al no poder existir sin una obligación válida y líquida.

SEGUNDA.- La fianza que ampara créditos fiscales, no puede ser tratada con el procedimiento diseñado para hacer efectivo un crédito fiscal, al establecer el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación que se trata de una forma de garantizar los mismos, aunado a que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 4º de dicho ordenamiento legal, no se trata de ningún impuesto, contribuciones de mejoras, aportaciones de seguridad social, derecho o multa, simple y llanamente una forma de garantizar las obligaciones fiscales de los gobernados, además que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º del Código Fiscal de la Federación, los preceptos legales antes señalados son de aplicación estricta.

TERCERA.- La remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, para hacer exigibles las fianzas que garantizan créditos fiscales, se trata de un procedimiento privilegiado e inusitado, inmerso en el artículo 143 del Código Tributario, que permite a la autoridad fiscal requerir la fianzas de las que es beneficiaria, en su carácter de

Autoridad y no de particular en una relación contractual, pero en ninguna forma se establece en la Ley de Fianzas o en el Código Fiscal de la Federación, que este último debe ser aplicado para la extinción de este tipo de fianzas. Por tanto, al ser la Ley Especial la de Instituciones de Fianzas, deben de operar las formas de extinción contempladas en ella.

CUARTA.- Al dejar de operar las formas de extinción por caducidad y prescripción consagradas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, siendo aplicables las mismas figuras en los términos y condiciones que señala el Código Fiscal de la Federación, en base a la accesoriedad de la fianza y de que las instituciones emisoras no gozan de los beneficios de orden y exclusión; se confunde a la fianza con las obligaciones fiscales que ampara, dejando de considerarse su mercantilidad, toda vez que se extingue únicamente la garantía otorgada, no así las facultades del fisco para cobrar directamente dichos créditos al contribuyente obligado a ello.

QUINTA.- Al determinarse que las Fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, son de interés público por la obligación principal que garantizan, se deja de lado que lo que se hace efectiva es la fianza y no el crédito fiscal garantizado, que innegablemente es de interés público, provocando la dualidad de público y privado en las fianzas de acuerdo al tipo de obligación garantizada y el beneficiario de las mismas, lo que conlleva la desnaturalización mercantil de la fianza de empresa al garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al confundirse la misma con las obligaciones que garantiza y con ello que sean aplicables los

medios de extinción de las obligaciones fiscales.

SEXTA.- La extinción de las fianzas que garantizan créditos fiscales por las figuras establecidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de ninguna manera implican la extinción de las obligaciones garantizadas, las cuales pueden ser exigibles directamente por la Autoridad Fiscal al contribuyente directo, en los términos y condiciones que se establecen en el Código Tributario, por lo que es innecesario concederle privilegios extraordinarios.

SEPTIMA.- La aplicación de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su totalidad y sin limitación alguna, en cuanto a las pólizas que garantizan obligaciones fiscales, favorece y agiliza la función primordial de recaudación de la Autoridad Fiscal, al ser exigible este tipo de garantías en los términos y condiciones establecidos en la ley especial, lo que conlleva a que al observarse los medios de extinción contempladas en la misma, el Fisco puede obtener de manera más ágil y expedita los recursos que requiere nuestro país y gobernados.

OCTAVA.- Finalmente, el procedimiento privilegiado y ágil concedido a la autoridad recaudadora, so pretexto de salvaguardar el interés público, es un paliativo para suplir su incapacidad de cumplir adecuadamente con su función fiscalizadora y recaudadora, castigando a las Instituciones de Fianzas por su acreditada solvencia.

BIBLIOGRAFIA**ACOSTA ROMERO, MIGUEL**

Teoría General del Derecho Administrativo
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1984

ARELLANO GARCIA, CARLOS

Práctica Forense Mercantil
Sexta Edición
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1992

ARMIENTA CALDERÓN, GONZALO

El Proceso Tributario en el Derecho Mexicano
Textos Universitarios
Manuel Porrúa, S.A.
México, D.F. 1977

BRAVO GÓNZALEZ, AGUSTIN

Segundo Curso de Derecho Romano
Décima Primera Edición
Editorial Pax
México, D.F. 1984

BURGOA ORIGÜELA, IGNACIO

Derecho Constitucional Mexicano
Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1983

CARRASCO IRIARTE, HUGO

Derecho Fiscal Constitucional

Segunda Edición

Editorial Harla

México, D.F. 1993

CARRASCO IRIARTE, HUGO

Lecciones de Práctica Contenciosa en Materia Fiscal

Tercera Edición

Editorial Themis

México, D.F. 1992

CONCHA MALO, RAMON

La Fianza en México

Primera Edición

Futura Ediciones, S.A. de C.V.

México, D.F. 1988

CORTINA GUTIERREZ, ALFONSO

Ciencia Financiera y Derecho Tributario

Tribunal Fiscal de la Federación, Colección de Estudios Jurídicos

México, D.F. 1981

DE LA GARZA, SERGIO FRANCISCO

Derecho Financiero Mexicano

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1983

FERNANDEZ Y CUEVAS, JOSE MAURICIO

Derecho Constitucional Tributario

Dofiscales Editores

México, D.F. 1983

GARRIGUES, JOAQUIN

Curso de Derecho Mercantil

Séptima Edición, Tomo II

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1987

GOMEZ LARA, CIPRIANO

Teoría General del Proceso

Octava Edición

Editorial Harla, S.A. de C.V.

México, D.F. 1990

MOLINA BELLO, MANUEL

La Fianza, Como Garantizar sus Operaciones con Terceros

Editorial McGraw Hill/Interamericana de México

México, D.F. 1994

PLANIOL MARCEL Y RIPERT GEORGES

Tratado Elemental de Derecho Civil: Contratos de Garantía, Privilegios
e Hipotecas

Primera Edición

Editorial Cárdenas

México, D.F. 1985

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN

Curso de Derecho Mercantil

Tomo II, Décima Octava Edición

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1985

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

Derecho Civil Mexicano, Contratos

Tomo II, Cuarta Edición

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1990

RUIZ RUEDA, LUIS

La Fianza de Empresa a Favor de Tercero

Impresora Barrié

México, D.F. 1956

VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR

Contratos Mercantiles

Cuarta Edición

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1992

VENTURA SILVA, SABINO

Derecho Romano

Novena Edición
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1988

VILLEGAS CARLOS GILBERTO

Las Garantías del Crédito
Segunda Edición
Rubiazala Culzoni Editores
Argentina, Buenos Aires 1998

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS**

CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS

CÓDIGO DE COMERCIO

**REGLAMENTO DEL ARTÍCULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE
INSTITUCIONES DE FIANZAS**

**REVISTA TRIMESTRAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE
SEGUROS Y FIANZAS**

Editada por la Dirección General de Desarrollo e Investigación de la
Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
México, D.F. 1992